Karl Olivecrona

Il diritto come fatto

a cura di

SILVANA CASTIGNONE

GIUFFRÈ * EDITORE
MILANO - 1967

a mia moglie

PRESENTAZIONE

L'opera *Il diritto come fatto*, di cui presentiamo la traduzione italiana, è apparsa per la prima volta, in lingua originale inglese, nell'ormai lontano 1939 (1): tuttavia essa continua a rappresentare una voce quanto mai viva ed attuale nel quadro delle teorie sulla natura del diritto. Il suo autore, lo svedese Karl Olivecrona (2), nato ad Uppsala nel 1897, già professore di *Jurisprudence* nella Università di Lund, è uno dei maggiori esponenti del cosiddetto *realismo giuridico scandinavo*, assieme ad Axel Häger-

---

(1) L'opera è stata ristampata, senza nessuna variazione, nel 1962, il che spiega il motivo per cui nelle note dell'autore si trovano citate alcune pubblicazioni posteriori al 1939.

(2) Sul pensiero dell'Olivecrona e sul realismo giuridico scandinavo in genere si veda: BAGOLINI L., *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1950, estr. pp. 39; ID., *Positivismo giuridico e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 963-970; FRIEDMANN W., *Legal Theory*4, London, 1950, 258 ss.; GIORGIANNI V., *Olivecrona Karl*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965; HART H. L. A., *Scandinavian Realism*, in *Cambridge Law Journal*, 1959; LLOYD D., *Introduction to Jurisprudence*, New York, 1959, 237 ss.; ORFIELD L. B., *A Survey of Scandinavian Legal Philosophy*, in *Wisconsin Law Review*, 1959, 448-480, 585-624; PASSMORE J., *Hägerström's Philosophy of Law*, in *Philosophy*, 1961, 143-160; SANDIN R. T., *The Founding of the Uppsala School*, in *Journal of the History of Ideas*, 1962, 496-512, in cui è trattato anche il problema del rapporto tra la scuola filosofica di Uppsala e il neoempirismo logico (su questo punto cfr. RAPHAEL D. D., *Law and Morals*, in *The Philos. Quarterly*, 1954, 140-350); TARELLO G., *Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966.

ström (1868-1939) ([3]), che può essere considerato come il fondatore di tale movimento, a Vilhelm Lundstedt (1882-1955) ([4]), e al danese Alf Ross (n. 1899), per quanto sia necessario avvertire che, mentre i primi tre costituiscono un insieme omogeneo di orientamenti e di prospettive metodologiche, salva restando ovviamente la originalità delle posizioni di ciascuno, quest'ultimo si differenzia sotto molti aspetti in maniera notevole, a causa soprattutto della sua formazione culturale diversa ([5]).

È senza dubbio un grande merito dell'Olivecrona l'aver contribuito in larga misura al diffondersi delle idee del realismo giuridico scandinavo, sia esponendo e commentando a più riprese le teorie dell'Hägerström e del Lundstedt ([6]), sia soprattutto attraverso i propri scritti, grazie alla esemplare chiarezza e linearità del suo stile e del suo pensiero. Niente è più efficace per caratterizzare gli intenti e l'atteggiamento della scuola scandinava quanto il motto di Hägerström: *Praeterea censeo metaphysicam delendam esse,* dove per metafisica si intende qualsiasi tentativo di estrapolare dal *continuum* dell'esperienza sensibile la nozione di realtà in sé, e di trasformare, nella sfera riguardante la morale, il diritto, lo stato e la religione, delle semplici espressioni e manifestazioni di sentimenti e di desideri in giudizi concernenti l'esistenza di

---

([3]) Per le notizie biografiche e bibliografiche concernenti questo autore si vedano quelle che figurano nel volume Hägerström A., *Philosophy and Religion*, a cura di R. T. Sandin, London, 1964.

([4]) Per le indicazioni bibliografiche si rimanda a quelle aggiunte al volume Lundstedt V., *Legal Thinking Revised*, Stockholm, 1956.

([5]) Per tutte le notizie riguardanti il pensiero di A. Ross rimando a Gavazzi G., *Introduzione* a A. Ross, *Diritto e Giustizia*, Torino, 1965.

([6]) Si veda la sua *Introduzione* a A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stoccolma, 1953, e *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1959, 127-150.

entità reali, oggettive, originando così la credenza in un mondo sovrasensibile, distinto e superiore a quello empirico. Tutti gli autori citati si muovono in un'atmosfera impregnata di esigenze empiristiche ed antimetafisiche; per arrivare alla conoscenza scientifica, che è poi l'unica valida, del diritto occorre stare ai fatti, esaminare la realtà empirica senza discostarsene: il «diritto come fatto», come evento del mondo spazio-temporale. Il punto di partenza generale dei realisti scandinavi è che tutte le nozioni le quali non reggano la verifica empirica non sono altro che delle creazioni arbitrarie, nate da un cattivo uso del linguaggio, o dalla superstizione e da antiche pratiche di carattere magico, o infine da oggettivazioni fantastiche di semplici espressioni di sentimenti connesse con l'idea di certe azioni.

Ora l'universo giuridico appare costellato di nozioni di questo tipo, che sfuggono tenacemente ad ogni tentativo di identificarle con qualche elemento della realtà sensibile. Basta pensare a quella che è ritenuta la qualità essenziale del diritto, e cioè la sua obbligatorietà o forza vincolante, e inoltre ai concetti di diritto soggettivo e di dovere corrispondente. L'esigenza empiristica non è certo esclusiva dei realisti scandinavi: altri movimenti ed altri autori hanno ripetutamente tentato di situare il diritto nel contesto della realtà sensibile. Ma in genere i loro sforzi si sono rivolti ad identificare il *dover essere* giuridico o il diritto soggettivo con uno dei tanti fatti concreti che vi sono connessi, finendo così con l'appiattire tali nozioni, col privarle del loro significato specifico, trasformandole in qualcosa di completamente diverso da ciò che la gente in genere e i giuristi in particolare intendono dire quando le usano. Gli scandinavi avvertono chiaramente il limite di tali tentativi, si rendono conto che le cosiddette entità metafisiche scacciate dalla porta finiscono con il rientrare dalla finestra, e che in definitiva qualsiasi ri-

duzione naturalistica di questo tipo è votata al fallimento. Ad esempio non ha senso dire, afferma l'Olivecrona, che l'obbligatorietà del diritto corrisponde al fatto che certe conseguenze spiacevoli (le sanzioni) avranno luogo in caso di disobbedienza. Le sanzioni, nella concezione comune, vengono applicate *perché* il dovere di rispettare la legge è stato violato, il che significa che l'obbligatorietà o forza vincolante del diritto è considerata come qualcosa di antecedente e di indipendente dalle sanzioni. Del pari non è possibile sostenere che il diritto soggettivo coincida con la posizione di favore di cui gode il titolare del diritto per effetto della regolare applicazione delle leggi: infatti il diritto soggettivo è considerato generalmente come *la causa* della protezione da parte dell'ordinamento giuridico; solo quando il diritto esiste, si argomenta comunemente, il suo detentore può intentare un'azione e mettere in moto la macchina della giustizia per tutelarlo.

Tutto questo non significa però che si sia costretti ad assumere l'esistenza di una forza obbligante oggettiva, e di poteri e vincoli che appartengano ad un mondo diverso da quello fenomenico. È necessario cambiare il punto di vista, rovesciare la prospettiva: occorre smettere di cercare il corrispondente di tali nozioni nella realtà extrasoggettiva e rendersi conto che esse si riferiscono a delle entità fittizie che vivono soltanto nell'immaginazione degli uomini. Il che non toglie però che esse siano della più grande efficacia ed importanza pratica, dal momento che gli uomini sono convinti della loro esistenza oggettiva e si regolano di conseguenza. La forza vincolante del diritto è una realtà solo in quanto contenuto di un'idea nella mente umana. Il diritto soggettivo e il dovere giuridico sono dei vincoli e dei poteri immaginari che non esistono al di fuori della sfera psicologica degli individui. Ecco in sintesi la soluzione offerta dai realisti scandinavi.

Nel pensiero dell'Olivecrona è centrale il concetto di

« imperativo indipendente »: le norme giuridiche sono degli imperativi indipendenti, vale a dire delle immagini di azioni e situazioni che il legislatore propone alla popolazione come modelli o schemi di comportamento esprimendoli mediante l'uso della forma imperativa, dato che il suo scopo è appunto quello di influenzare la condotta degli uomini. Non si deve però pensare che si tratti di veri e propri comandi: nel comando infatti vi è un rapporto diretto, personale tra chi comanda e chi obbedisce, e l'efficacia del comando dipende dal potere di suggestione che l'autorità e le qualità di colui che emette il comando sono in grado di esercitare sul destinatario del comando stesso. Nel diritto invece, e il medesimo discorso vale anche per tutte le regole morali e sociali in genere, il rapporto personale manca, ed è sostituito da quello tra la popolazione ed il complesso delle norme che governano la comunità: complesso che, per così dire, vive di una vita propria, indipendente dalle singole persone che di volta in volta agiscono in qualità di legislatore ed intervengono a modificarlo e ad aggiungervi nuovi elementi. La forma attraverso la quale si esprimono gli imperativi indipendenti non è più quella diretta del comando (es. « Fa così! »), ma quella indiretta, impersonale: « questa azione deve essere fatta ». Tali norme, per quanto spersonalizzate, continuano ad esercitare un forte potere di suggestione sugli uomini, grazie al lungo processo di condizionamento a cui essi sono sottoposti fin dai primi anni di vita e alla loro ormai connaturata abitudine a muoversi e ad agire tra comandi e divieti. Per esemplificare l'effettiva capacità dei comandi impersonali di influenzare la condotta, l'Olivecrona, nel suo *L'imperativo della legge* (7), saggio dedicato particolarmente a questo problema,

---

(7) *L'imperativo della legge*, in *Jus*, 1954, 451-467. La versione originale svedese è del 1942.

si rifà alla segnaletica stradale, dalla quale è scomparsa totalmente qualsiasi caratteristica del vero e proprio comando e che tuttavia induce efficacemente gli uomini a tenere un determinato comportamento. L'impulso di costrizione a compiere una data azione che gli imperativi indipendenti fanno sorgere nei destinatari, viene, per una serie di cause psicologiche che in ultima analisi si possono riconnettere alla scomparsa del carattere e dell'elemento suggestivo personale del comando, proiettato al di fuori del soggetto e sperimentato come consapevolezza di un dovere oggettivamente esistente, di una qualità o proprietà oggettiva delle norme stesse e dell'intero sistema normativo: siamo così arrivati alle origini della nozione mistica e metafisica della forza vincolante del diritto.

Questo concetto di « imperativo indipendente », che costituisce uno sviluppo ed una trasposizione nel campo propriamente giuridico della critica svolta dall'Hägerström alla nozione di « dovere » come realtà oggettiva ([8]), permette inoltre all'Olivecrona di sfuggire alle numerose ed insuperabili difficoltà, che egli stesso sottolinea, della teoria imperativistica del diritto, riuscendo al tempo stesso a conservare il carattere precettivo delle norme giuridiche. In quanto ai motivi che fanno sì che le norme giuridiche riescano ad influenzare la condotta degli uomini, cioè alla ragione ultima del loro potere di suggestione, essi sono individuati dall'Olivecrona soprattutto nel fatto che in definitiva le norme sono istruzioni sull'uso della forza socialmente organizzata. Anche quando, come nel

---

([8]) Su questo aspetto centrale del pensiero dell'Hägerström cfr., oltre alla già citata bibliografia, BROAD C. D., *Hägerström's account of sense of duty and certain allied experiences*, in *Philosophy*, London, 1951, 99-113; PASSMORE J., *Hägerström's Philosophy of Law*, cit.; CASTIGNONE S., *Axel Hägerström e la nozione di « dovere »*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Genova*, 1966, 90-107.

caso della maggior parte delle norme di diritto civile, esse siano formulate come schemi di condotta per i privati, in sostanza non sono altro che istruzioni dirette ai giudici concernenti l'impiego della forza. Questo non vuol dire, si badi bene, che gli uomini obbediscano alle leggi mossi ogni volta da un consapevole timore delle sanzioni: la paura della pena agisce soprattutto in maniera indiretta, sotterranea, prepara per così dire il terreno, serve a modellare quell'atteggiamento di rispetto verso le norme, quella inclinazione psicologica che permette alla suggestione esercitata dagli imperativi di entrare in funzione.

L'altro punto fondamentale della speculazione filosofico-giuridica dell'Olivecrona è rappresentato dalla sua analisi della nozione di diritto soggettivo. L'Hägerström aveva sostenuto che essa è puramente immaginaria e fittizia, e che non denota nessuna realtà oggettivamente esistente; inoltre, basandosi sui suoi studi sul diritto romano, ne aveva rintracciate e spiegate le origini in termini di magia. Il diritto soggettivo sarebbe stato nel diritto romano un potere magico, sovrannaturale, che il suo cosiddetto titolare acquistava pronunciando una data formula; e per converso l'obbligo giuridico sarebbe stato un vincolo altrettanto magico da cui il soggetto passivo del rapporto giuridico, ad esempio il debitore, era costretto. Va ricordato a questo punto come l'Olivecrona si sia occupato a più riprese di diritto romano, e precisamente anche sotto questo aspetto dell'individuazione degli elementi e del substrato magico in esso operanti: si veda ad esempio il saggio *The acquisition of possession in Roman Law* [9], in cui egli indaga sul valore e sul significato ma-

---

[9] *The acquisition of possession in Roman Law*, Lund, 1938, 29; ripubblicato in *Three essays in Roman Law* (1. *Corporations as universitates*. 2. *D.47,2,21. Some questions concerning furtum*. 3. *The acquisition of possession*), Copenhagen, 1949, 92.

gico dl econtatto corporale con l'oggetto ai fini dell'acquisto del possesso. Tale visione ed interpretazione magica viene applicata dall'Olivecrona anche nel campo dei fenomeni politici: ad esempio in *Election and Creation*, e in altri lavori precedenti ([10]), egli si occupa del rito magico della « creazione » del re nell'antico diritto svedese.

Tornando al diritto soggettivo, l'Olivecrona riprende e condivide l'opinione dell'Hägerström secondo cui si tratterebbe di un potere puramente fittizio e immaginario. L'espressione « diritto soggettivo » non denota nessun oggetto, neppure di carattere sovrannaturale, essendo ormai scomparsa anche la primitiva credenza nell'esistenza di un potere sovrasensibile di natura magica. Quando gli uomini la usano, non si soffermano ad indagare sulla esistenza o meno di una realtà corrispondente: l'attenzione è polarizzata sulle conseguenze pratiche che derivano da tale uso, ed inoltre il sentimento di potenza provocato dalla posizione di favore di cui gode il cosiddetto titolare grazie alla protezione dell'ordinamento giuridico, tende a rafforzare il nebuloso convincimento che il diritto soggettivo sia qualche cosa di reale, anche se poi quando si cerca di raffigurare questo qualchecosa si riesce soltanto a pensare alle parole « diritto soggettivo », unite alla convinzione che esse denotino un oggetto non meglio determinato e determinabile.

A questo punto l'Olivecrona si trova a dover affrontare l'imbarazzante problema dell'impiego nel linguaggio giuridico e nella giurisprudenza, all'interno di una concezione ispirata a criteri rigorosamente scientifici, di nozioni fittizie ed immaginarie quali quelle di diritto sog-

---

([10]) *Election and creation*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962, 383-388. Lo stesso argomento è trattato più ampiamente in *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, Lund, 1947, 46.

gettivo e dovere giuridico. D'altra parte non sembra assolutamente possibile trattare questioni giuridiche di qualsiasi genere senza parlare in termini di diritto e di dovere, nonostante la drastica presa di posizione del Lundstedt secondo il quale, per salvare la scientificità del discorso giuridico, bisognerebbe eliminare completamente tali espressioni o al massimo usarle tra virgolette ([11]).

L'Olivecrona, soprattutto nel saggio *Legal Language and Reality* ([12]), rivendica la piena legittimità d'uso da parte del linguaggio scientifico e della giurisprudenza delle nozioni di diritto soggettivo e di dovere corrispondente. Le funzioni del linguaggio — egli dice — sono molteplici e non si esauriscono nella descrizione della realtà: basta pensare alla funzione direttiva o a quella emozionale. Ora, all'interno di queste funzioni diverse da quella descrittiva, possono figurare ed esplicare un compito a volte di somma importanza anche dei termini a cui non corrisponde nessun oggetto. Si prenda il caso dell'unità monetaria, o della parola «sterlina» che serve appunto ad indicarla: non è assolutamente possibile individuare un qualsiasi oggetto a cui tale parola si riferisca. Tutte le definizioni che se ne possono dare in termini di mezzo di scambio, di unità di valore, mezzo di pagamento, potere di acquisto e altre ancora, si rivelano circolari, in quanto implicano anziché spiegarla, la nozione di unità monetaria. (L'autore si è occupato estesamente di questo problema nel libro *The Problem of the Monetary Unity* ([13]). La sterlina è stata paragonata, ricorda l'Olivecrona, al sorriso del gatto del Cheshire, che è l'ultima

---

([11]) *Legal Thinking Revised*, cit., 17.

([12]) *Legal Language and Reality*, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, 151-191.

([13]) *The Problem of the Monetary Unity*, New York, 1957, versione inglese riveduta di un lavoro del 1953.

cosa che rimane dopo che il gatto è sparito. In realtà si tratta di una parola che è usata *come se* si riferisse ad un oggetto: ma tale oggetto non esiste. Il segreto della unità monetaria è di essere *merely a word,* soltanto una parola. Quando parliamo di tali unità noi abbiamo presente — visualmente o auditivamente — soltanto la parola, accompagnata dall'idea che essa si riferisce ad un oggetto, il che rende possibile, dal punto di vista psicologico, effettuare dei conteggi ed enumerare una certa quantità, a volte molto elevata, di tali oggetti. In questo modo la parola « sterlina » o le sue equivalenti, qualora siano usate secondo le regole consuetudinarie previste, producono delle importantissime conseguenze giuridiche, economiche e morali, e svolgono perciò una funzione *tecnica* della più grande rilevanza per la vita sociale.

La stessa, identica cosa si verifica per l'espressione « diritto soggettivo »: anche se ad essa non corrisponde nessuna entità reale, anche se è *merely a word,* tuttavia esplica, all'interno del linguaggio giuridico che è essenzialmente un linguaggio direttivo, una *funzione segnica* quasi insostituibile, in quanto serve da *segno permissivo* nei confronti del cosiddetto titolare del diritto, e da *segno proibitivo* nei confronti di tutti gli altri soggetti, viene cioè usata per indicare che una data persona, designata come il titolare del diritto, può tenere un determinato comportamento, che è invece vietato agli altri soggetti.

Gli argomenti a cui si è brevemente accennato sono soltanto alcuni tra i molti affrontati dall'Olivecrona, e non esauriscono certamente la ricca problematica giuridica dell'autore e dei realisti scandinavi. Ma abbiamo cercato di mettere in particolare evidenza quello che riteniamo sia il loro contributo più originale e più interessante, e cioè la riconsiderazione delle principali questioni giuridiche in termini, possiamo dire, di terapia linguistica, da attuare

mediante un uso più consapevole delle parole e dei significati, eliminando sopravvivenze magiche e tentazioni oggettivistiche, e inoltre utilizzando la nozione di *funzione segnica,* ciò che può probabilmente consentire la soluzione di enigmi « teoretici » tradizionali.

SILVANA CASTIGNONE

PREFAZIONE

Mentre questo libro stava per essere dato alle stampe è giunta improvvisa la notizia della morte del prof. Axel Hägerström. Egli fu per me il maestro venerato e amato. Non mi è possibile in questa sede tentare una esposizione della natura e della vastità della sua opera filosofica, che col tempo sarà sempre più apprezzata e conosciuta. Per quel che mi riguarda personalmente desidero dire che la mia ricerca sul diritto come fatto non sarebbe stata possibile senza le basi fornite dalla sua speculazione.

Devo ringraziare anche il prof. Vilhelm Lundstedt, sia per l'ispirazione che mi ha dato sia per i suggerimenti che ho tratto dai suoi molteplici e varii studi sul diritto. Ho fatto liberamente uso di argomenti tratti dai suoi scritti, come pure da quelli del prof. Hägerström.

Mia moglie, oltre a stimolare il mio lavoro con il suo assiduo interesse, mi è stata di aiuto prezioso per le sue numerose delucidazioni in materia di psicologia.

Un ringraziamento va anche al dr. Asta Kihlbom, Assistant Professor nella Università di Lund, ed a Mr. A.H. King, B.A., lettore di Inglese presso la stessa Università, per il loro valido contributo nel correggere il manoscritto e rivedere le bozze.

Lund, Svezia, luglio 1939

KARL OLIVECRONA

IL DIRITTO COME FATTO

INTRODUZIONE

La forza vincolante del diritto.

Secondo la definizione corrente il diritto è un insieme di norme che esercitano un potere vincolante sui membri di una data comunità. Si tratta di una definizione alquanto vaga, ma possiamo prenderla egualmente come punto di partenza per la nostra ricerca sulla vera natura del diritto: essa contiene infatti un elemento che è comune, senza alcun dubbio, a tutti coloro che si sono occupati di questo argomento (1). E precisamente l'assunzione della *obbligatorietà* o *forza vincolante* del diritto. Lasciando da parte per il momento il problema della definizione della norma giuridica, il nostro primo obiettivo sarà di determinare in che cosa consista esattamente la forza vincolante del diritto, e di decidere se si tratti oppure no di una realtà.

Ciò significa attaccare alla radice le nozioni prevalenti sulla natura del diritto, perché la forza vincolante è ritenuta da tutti un elemento essenziale. Una legge che non sia obbligatoria è addirittura inconcepibile, e anzi secondo l'opinione comune non è neppure una legge. Di conseguenza anche la sola idea di

---

(1) Come bibliografia generale si rimanda alle seguenti opere: HÄGERSTRÖM A., *Der römische Obligationsbegriff* I, Uppsala & Leipzig, 1927; *Selbstdarstellung* (in *Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig, 1928); numerosi lavori scritti in svedese, in modo particolare *Till fragan om den objektiva rättens begrepp* (1917) (ora apparso nella traduzione inglese, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, a cura di Broad C. D., Uppsala, 1953), che contiene tra gli altri argomenti una penetrante analisi della natura del comando e della nozione di dovere. LUNDSTEDT V., *Superstition or Rationality in Action for Peace?*, London, 1925; *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1932-36; *Legal Thinking Revised*, Uppsala, 1956.

porre questo argomento in discussione appare assurda alla maggior parte dei giuristi e degli studiosi.

Tuttavia la questione può essere esaminata anche da un altro punto di vista. Il più delle volte questo tipo di indagine critica suscita un'accanita resistenza in quanto è considerato come un attacco all'esistenza stessa del diritto, come un vero e proprio tentativo di promuovere l'anarchia. Ora tale atteggiamento mi sembra alquanto sospetto.

Infatti se la forza vincolante è una realtà, è evidente che non può venire menomata da nessuna teoria. Il diritto continuerebbe ad essere vincolante, qualunque cosa venisse pubblicata e scritta nei libri. Se si parte dal presupposto della realtà della forza vincolante, nessuna teoria è in grado di costituire un attacco contro il diritto in se stesso, bensì soltanto contro le teorie precedenti. Non solo, ma se le teorie criticate sono giuste la critica non può portare danno alcuno, perché ad un certo punto la verità finirà necessariamente con l'emergere. Se invece si dovesse scoprire che la forza vincolante non è che una illusione, mi sembra della massima importanza denunciarla e sbarazzarsene il più presto possibile, dato che ogni errata rappresentazione della natura del diritto è quanto mai perniciosa per la scienza e per l'educazione sociale.

L'opposizione contro qualsiasi tentativo di esaminare criticamente la forza obbligatoria del diritto diventa comprensibile soltanto se si suppone che ciò che viene così gelosamente protetto non è altro che una *credenza,* una convinzione di ordine pratico ritenuta necessaria per l'esistenza dell'apparato normativo. Se si accetta questa ipotesi si riesce a capire il motivo per cui l'idea della forza vincolante viene difesa a tutti i costi, e con tanto accanimento, al di là delle esigenze stesse della verità. Ora non vi è dubbio che tale convinzione sia largamente diffusa: ma non è lecito arrestare il cammino della scienza per non intaccare una credenza.

Al contrario è necessario esaminarla alla luce della verità, ed analizzarne senza preconcetti la funzione reale ai fini della

esistenza del diritto. Supponiamo che la forza vincolante sia veramente un'illusione; è evidente che non si può accettare per scontato che l'esistenza ininterrotta di tale illusione sia necessaria per mantenere la legge e l'ordine. In genere siamo piuttosto propensi ad esagerare l'importanza delle nostre idee. Ma non si può raggiungere una conoscenza sicura della situazione senza una esauriente analisi dei vari fattori psicologici che sottendono al fenomeno giuridico: e tale analisi a sua volta presuppone una comprensione autentica del diritto. Se non si sa con esattezza che cosa sia ciò che viene sorretto, è impossibile capire a fondo la natura delle forze che lo sorreggono.

Di conseguenza la prima cosa da fare è di investigare la natura del diritto in modo scientifico: e questo non può essere fatto senza mettere in discussione la sua obbligatorietà, altrimenti la nostra ricerca verrebbe ad essere viziata in partenza da un presupposto non dimostrato.

Si può certo sostenere che il diritto vincola i membri di una comunità in un modo molto concreto: è infatti vero che ciascun associato deve contenere la propria condotta entro certi limiti se non vuole incorrere in gravi sanzioni; deve pagare i debiti, astenersi dal danneggiare la proprietà altrui o dall'impadronirsene, evitare di compiere atti di violenza contro le persone, e così via. Chiunque trasgredisca i limiti stabiliti dalle leggi si espone a rischi considerevoli, perché quasi sicuramente verrà punito o condannato al risarcimento dei danni. Alle sanzioni si aggiungono poi altre reazioni negative da parte dell'ambiente sociale, come ad esempio la perdita della reputazione, la difficoltà di trovare lavoro, ecc. Una totale noncuranza delle leggi conduce inevitabilmente un individuo alla rovina completa.

È quindi evidente che le leggi esercitano su di noi un potere molto saldo: ma non è questo che si vuole indicare quando si parla di forza vincolante. La forza vincolante non coincide per nulla col fatto che determinate conseguenze spiacevoli colpiranno con ogni probabilità qualsiasi comportamento illegale.

Se così fosse, allora potremmo sostenere con eguale ragione che vi è una norma obbligatoria che proibisce di mettere le mani sul fuoco; le conseguenze di un simile atto sono oltremodo spiacevoli e tuttavia noi non ci sentiamo *obbligati* a non compierlo. In altri termini lo stare lontani dal fuoco non è sperimentato come un dovere. Si tratta soltanto del nostro interesse. Il diritto invece è considerato vincolante senza alcun riferimento all'interesse personale. Certamente nel complesso i nostri interessi ci spingono ad osservare le leggi, ma si tratta di un aspetto secondario della questione. Infatti secondo le teorie correnti la sanzione viene inflitta *in seguito alla violazione* di una norma obbligatoria: il che significa che la forza vincolante è concepita come qualcosa di anteriore alla sanzione. La sua natura pertanto non si può far coincidere col fatto che incorriamo nelle sanzioni in caso di trasgressione. Né d'altra parte può essere definita per mezzo delle norme che prescrivono le sanzioni. Una regola obbligatoria dice, ad esempio: « Non devi rubare ». E un'altra: « Se rubi sarai punito ». Il significato della obbligatorietà della prima norma non può certo venire spiegato mediante il riferimento alla seconda (anch'essa obbligatoria) che ordina la punizione in caso di trasgressione.

Inoltre occorre notare che la forza vincolante del diritto viene concepita come assoluta, incondizionata, mentre i vincoli concreti che le leggi ci impongono sono sempre relativi. L'applicazione delle sanzioni dipende dalla efficienza dell'organizzazione sociale e da altre numerose circostanze. Ci saranno sempre delle scappatoie, delle falle, per quanto efficiente possa essere l'organizzazione sociale esistente. La forza vincolante del diritto invece è esente da queste imperfezioni: la legge è vincolante per chiunque, indipendentemente dal potere effettivo che è in grado di esercitare. Non si può certo sostenere che le norme cessano di essere vincolanti qualora si abbia la possibilità di sfuggire alla punizione!

La forza vincolante del diritto deve perciò essere qualcosa

di diverso dal fatto che, oltrepassando certi limiti imposti dalle leggi, gli uomini si espongono al rischio di incorrere nelle sanzioni. È necessario trovare un'altra spiegazione. Si potrebbe forse suggerire che noi ci *sentiamo* vincolati dalle norme e che questo sentimento costituisce l'ostacolo che ci trattiene dall'agire in modo illegale. In effetti ogni persona normale viene trattenuta proprio da tali inibizioni dal compiere parecchie azioni proibite dalla legge. Sarebbe però del tutto errato identificare la forza obbligatoria con l'esistenza delle inibizioni. Il sentimento dell'obbligazione e le inibizioni che ne conseguono vanno tenuti nettamente distinti dalla forza vincolante in sé stessa. Nessuno infatti si sentirebbe di sostenere che la legge non è vincolante per coloro che non si sentono obbligati a rispettarla. Ciò equivarrebbe a dire che il diritto obbliga soltanto i cittadini onesti e non i criminali!

Torniamo dunque a riproporci la domanda iniziale: che cos'è la forza vincolante del diritto? Evidentemente non è un fatto, non è qualcosa di esistente nel mondo reale del tempo e dello spazio. Nella vita sociale concreta, la quale costituisce la sfera in cui va collocato il fenomeno giuridico, si può osservare una moltitudine di fatti che influiscono sulle azioni degli uomini, e tra di essi figurano anche le regole giuridiche. Ma il loro effetto è sempre relativo e condizionato da altri elementi della situazione. Il carattere di assolutezza proprio della forza vincolante del diritto sfugge ad ogni tentativo di situarla nel contesto sociale.

Questa affermazione non costituisce certo una scoperta, benché di solito non la si enunci in modo così esplicito. Sia i giuristi che i filosofi sono perfettamente consapevoli del fatto che la forza vincolante del diritto non è un elemento del mondo spazio-temporale che li circonda, del mondo empirico. L'ovvia conclusione a cui dovrebbe portare tale constatazione è che la forza vincolante esiste soltanto nell'immaginazione degli uomini. Ma la convinzione della sua esistenza reale è tal-

mente radicata che una simile idea non è stata quasi mai formulata. Al contrario la nozione di forza vincolante intesa nel senso tradizionale ha continuato, e continua tuttora, a costituire una delle assunzioni fondamentali di tutte le teorie giuridiche correnti.

Di conseguenza il diritto finisce con l'essere considerato come qualcosa che sta al di sopra dei fatti della vita. Il che in ultima analisi significa sostenere che il diritto non fa parte del mondo del tempo e dello spazio: dovrà appartenere allora ad una realtà diversa, sovrasensibile. Ora ciò è manifestamente assurdo. Ed è assurdo per la semplicissima ragione che il diritto deve per forza venir messo in relazione con i fenomeni di questo mondo, e niente può venir posto in relazione con i fenomeni della sfera spazio-temporale se non appartiene anch'esso al tempo ed allo spazio.

Pertanto ogni discorso su di una ipotetica realtà chiamata diritto che in un modo misterioso esista in una dimensione trascendente rispetto a quella sensibile, è contraddittorio, anzi addirittura privo di senso.

Se ci liberiamo dell'idea superstiziosa che il diritto promana dagli dei, diventa chiaro che ogni legge è una creazione degli uomini. Le norme sono sempre state emanate, per mezzo della attività legislativa o in altri modi, da comuni mortali in carne ed ossa. In altri termini sono state prodotte da cause naturali e a loro volta producono effetti naturali in quanto esercitano una pressione psicologica sui membri della comunità. Le norme giuridiche sono le cause naturali — assieme ad altre — del comportamento dei giudici durante i processi, e in genere della condotta degli uomini nelle loro relazioni reciproche. I legislatori e gli altri individui che hanno il potere di creare le norme possono effettivamente influenzare la condotta dei membri della comunità. Ma d'altra parte questo è tutto ciò che è in loro potere di fare.

Non si può sfuggire alla conclusione che il diritto sia un

anello di una catena causale: esso perciò trova il suo posto tra gli eventi del mondo spazio-temporale. Il diritto non può essere per un verso un fatto (come è indubbiamente) con cause ed effetti naturali, e per un altro verso un fenomeno al di fuori della catena causale.

Sostenere il contrario è pura superstizione. Infatti il significato di una simile affermazione — ammesso che possa avere un significato — sarebbe che il diritto è provvisto di un potere sovrannaturale: altrimenti non si tratterrebbe altro che di parole vuote, le quali vengono usate per effetto di una consuetudine secolare ma che in realtà non esprimono nulla.

Ogni tentativo di sostenere in modo scientifico che la forza vincolante del diritto è qualcosa di diverso dalla pressione psicologica che esso esercita sulla popolazione, conduce necessariamente ad assurdità e contraddizioni. Proprio a questo punto cade pertanto la linea che separa il realismo dalla metafisica, il metodo scientifico dal misticismo per ciò che concerne la spiegazione del fenomeno giuridico. La « forza vincolante » del diritto è una realtà solo in quanto idea presente nella mente degli uomini, e non vi è nulla nel mondo esterno che corrisponda a tale idea.

Alcuni filosofi hanno compreso chiaramente la necessità di situare il diritto al di fuori del mondo spazio-temporale qualora lo si concepisca vincolante nel senso tradizionale. Lo sforzo più significativo e più conseguente in questa direzione è probabilmente quello effettuato da Hans Kelsen nel suo tentativo di costruire una *Teoria pura del diritto.* Lo scopo del Kelsen è di dimostrare come ci si debba accostare allo studio del diritto evitando la surrettizia introduzione di elementi estranei alla sua vera natura. Il che significa in particolare che il diritto va distinto da un lato dalla morale, e dall'altro lato dai fatti della vita sociale e del mondo empirico in genere. Il grande merito del Kelsen è di aver dimostrato in modo irrefutabile quali siano le conseguenze che derivano dall'assumere l'esistenza della forza vincolante del diritto. Là dove altri si sono

tirati indietro, egli ha avuto il coraggio di andare avanti senza timore del paradosso. La sua teoria ci fornisce una eccellente illustrazione di quanto abbiamo sostenuto in precedenza a proposito della necessità, conseguente all'assunzione della forza vincolante, di separare il mondo del diritto da quello dei fatti.

Una norma, secondo il Kelsen, produce un effetto del tutto peculiare in quanto crea tra due fatti, ad esempio un delitto e la sua punizione, una connessione diversa da quella causale. La punizione deve seguire al delitto, sebbene di fatto non sempre lo segua. Ora questo *deve* non è per il Kelsen una semplice espressione tipica del linguaggio giuridico e della giurisprudenza, bensì sta ad indicare una connessione oggettiva stabilita dal diritto. Per usare le parole del Kelsen: « La legge naturale (cioè causale) dice: se A è, B sarà. La norma dice: se A è, B deve essere... Evidentemente questa non è una connessione di causa ed effetto. La sanzione non segue al delitto come l'effetto alla sua causa. Il legislatore pone in relazione i due eventi in un modo del tutto diverso dalla causalità: del tutto diverso, eppure con una connessione non meno certa di quella causale. Infatti nel sistema giuridico la sanzione segue sempre ed invariabilmente al delitto anche se di fatto, per una qualche ragione, non viene eseguita. E anche nel caso in cui venga effettivamente eseguita, tuttavia non si pone rispetto al delitto in una relazione di tipo causale » ([2]).

Qui abbiamo in sintesi l'intera teoria kelseniana. Tutto ruota attorno al presupposto che la connessione del « dover essere » sia qualcosa di oggettivamente presente oltre a quella causale.

Questa è la ragione ultima per cui, secondo il Kelsen, « il diritto deve essere distinto nel modo più netto possibile dalla

---

([2]) Le citazioni sono tratte dal saggio di Hans KELSEN, *The Pure Theory of Law*, apparso nella *Law Quarterly Review* 50, 51 (1934, 1935). Una critica approfondita della teoria kelseniana è stata svolta da Hägerström nella rivista critica internazionale *Litteris*, 1928.

natura », e ad esso va attribuita una sfera sua propria, « il mondo del Dovere ».

Ora è evidente che vi è in realtà una relazione di causa ed effetto tra il delitto e la sua punizione. Per quale motivo l'assassino è condotto in tribunale, se non perché è sospettato di aver ucciso un'altra persona? E perché è sospettato? Non è forse nella maggior parte dei casi perché ha veramente commesso il crimine di cui è accusato? Dopo che il fatto è stato provato nel modo richiesto dal diritto processuale, il giudice emette la sentenza. Evidentemente tale sentenza è causata da un lato dall'atto commesso dall'imputato, e dall'altro lato da quanto prescrive la legge poiché il giudice è influenzato da questi due fattori nell'emettere il suo giudizio.

Si noti che io elenco di proposito tra i fatti il contenuto delle norme. Le parole stampate nei testi legislativi sono senza dubbio dei fatti, e così pure le idee evocate nella mente di chi le legge. Esse costituiscono una delle cause principali del comportamento del giudice nell'emettere la sentenza. Se le leggi non producessero questo effetto, tanto varrebbe eliminare l'attività legislativa come una inutile perdita di tempo. Naturalmente vi sono altre cause che agiscono sul giudice, come ad esempio il suo temperamento, la sua educazione, i suoi interessi e così via. Ma il punto importante che va sottolineato è che tanto l'azione criminosa quanto il diritto sono *cause* della punizione.

Il Kelsen nella sua teoria del diritto non si interessa minimamente di questa relazione di causa ed effetto, anzi nega espressamente che il diritto faccia parte del contesto fattuale-causale. Egli ammette, è vero, che l'azione del giudice sia determinata da certe cause: ma si tratta semplicemente di una questione « di processi paralleli » la quale non concerne il diritto, poiché il diritto si occupa soltanto della relazione di « dover essere ».

Dovrebbe essere tuttavia evidente che qualsiasi discorso su di una simile relazione mistica è del tutto privo di senso. « Il

legislatore mette in relazione i due eventi in un modo del tutto diverso da quello del rapporto causale. Del tutto diverso, eppure con una connessione non meno certa di quella causale ». Come possono i nostri legislatori riuscire a stabilire delle relazioni del genere nel corso della loro attività, in fondo così prosaica? Kelsen viene a trovarsi in serie difficoltà quando tenta di rispondere a tale domanda. È impossibile spiegare razionalmente in che modo degli eventi del mondo sensibile possano produrre degli effetti nel preteso « mondo del Dovere », che è completamente diverso. Ad un certo punto il Kelsen dichiara apertamente che questo è infatti « il grande Mistero » ([3]). Questo si chiama parlar chiaro. È un mistero, e mistero rimarrà per sempre.

Ciò che sta alle origini di tali discorsi nebulosi sulla relazione sovrannaturale del « dover essere » è soltanto un'espressione verbale connessa a certe emozioni. La parola « dovere », e le altre dello stesso tipo, sono delle espressioni imperative usate per influenzare il comportamento degli uomini. È puro nonsenso sostenere che esse denotano una qualsiasi realtà: la loro unica funzione è quella di agire sugli animi degli individui spingendoli a fare o a non fare una certa azione, e non già quella di comunicare delle informazioni su di un dato stato di cose. Per mezzo di tali espressioni i legislatori sono in grado di influenzare il comportamento dei pubblici funzionari e della popolazione in genere. Di conseguenza le leggi sono anelli di una catena causale.

Nella teoria classica del « diritto naturale », predominante nel XVII e nel XVIII secolo, si proclamava più o meno apertamente l'esistenza di un fondamento sovrannaturale del diritto. Si riteneva che la forza vincolante del diritto positivo (*statute law* e diritto consuetudinario) derivasse da un « diritto naturale » eterno ed immutabile, generalmente per mezzo di un contratto.

([3]) L'espressione « il grande Mistero » si trova nell'opera di KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 441.

Secondo questa teoria, i membri della comunità erano obbligati a rispettare le norme emanate dal legislatore sovrano in quanto si erano vincolati mediante il contratto sociale. E la forza vincolante di tale contratto si basava a sua volta su di una norma fondamentale del diritto naturale, la quale stabilisce che i contratti devono essere osservati (*pacta esse servanda*). Nel pensiero di Grozio ([4]) l'essenza del diritto naturale è la volontà di Dio. La ragione, egli afferma, ci dice che cosa è male e che cosa è bene (dal punto di vista morale), e quindi che cosa è proibito o comandato dal creatore dell'universo. In questo modo il fondamento dell'obbligazione veniva fatto derivare da Dio.

Negli ultimi cento anni il diritto è stato molto più sovente definito come ***volontà dello Stato.*** Si tratta in effetti di un tentativo di situare il diritto nel mondo del tempo e dello spazio senza rinunciare alla nozione di forza vincolante. La volontà dello Stato è concepita come un fatto del mondo concreto. E di conseguenza si ritiene di aver compiuto un grande passo in avanti rispetto alla teoria del diritto naturale, in quanto non si fa più dipendere il diritto da princìpi immutabili, completamente avulsi dal processo storico. Al contrario il diritto è visto come fondato sulla volontà di uno Stato particolare, e la sua esistenza è strettamente subordinata al permanere di tale volontà. La volontà dello Stato è concepita poi, in un modo del tutto imprecisato, come vincolante per i membri della comunità.

Secondo questa teoria le leggi scritte sono semplici espressioni e segni esterni della volontà statuale. La sostanza del di-

---

([4]) GROZIO, *De iure belli ac pacis,* I, I, 10, 1: lo *ius naturale* viene definito « *dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari, aut praecipi* ». Cfr. HÄGERSTRÖM, *Nehrmann, Ehrenstrahles uppfanning ecc.,* (*Minnesskrift ägnad 1734 ars lag*), 597.

ritto è la volontà, e nient'altro. È importante sottolineare che proprio questo, per quanto assurdo possa sembrare, è il reale significato della dottrina in questione. Essa non deve venire interpretata nel senso ovvio che le leggi vengono *poste in essere* da determinati atti legislativi, come le deliberazioni del parlamento o simili. Un'affermazione del genere sarebbe molto ovvia e inoltre non ci direbbe nulla sulla natura del diritto. Servirebbe solo ad indicare in che modo le leggi vengono create, ma non a spiegare *che cosa siano*. Il significato reale della teoria in esame consiste proprio nel sostenere che il diritto *si identifica con la volontà dello Stato* (5).

Dovrebbe essere sufficiente enunciare con chiarezza il significato di questa teoria per dimostrarne l'assurdità. In ogni caso non è necessario procedere ad una lunga confutazione perché è già stata svolta da altri autori. La « volontà dello Stato » è pura fantasia, è un frutto dell'immaginazione, poiché non esiste nessuna volontà sovraumana, che appartenga ad una entità diversa e superiore ai singoli individui che compongono lo Stato. Soltanto gli esseri umani sono forniti di volontà, e

---

(5) Ecco alcune citazioni scelte a caso sul diritto come volontà dello Stato: Dernburg, *Pandekten*, I, 43: « *Das Recht ist der allgemeine Wille* »; Wach inizia il suo famoso *Trattato di procedura civile* definendo il diritto come « *der abstrakte, hypothetisch-normirende Wille* »; Binding, *Die Normen*, I, 185, dice espressamente: « *Das Gesetz ist der Wille...* »; Stark, *Die Analyse des Rechts* (1916): « *Hegels Satz: das Recht ist der Wille des Staates, gilt als Axiom nahezu des grössten Teiles der heutigen Rechtswissenschaft* »; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: « *Der Staat will — so ist die allgemein verbreitete Vorstellung — dass seine Untertanen nicht stehlen, betrügen, morden, dass sie empfangene Dahrlehen zurückgeben, den vereinbarten Kaufpreis zahlen, dass sie Steuer entrichten, Militärdienst leisten ecc.... Dieser auf das rechtmässige Verhalten seiner Untertanen gerichtete Wille des Staates begründet nach herrschender Lehre die Rechtspflichten der Subiekte* »; Morris R. Cohen, *Law and the Social Order*, 1933, 249: « *In nearly all modern jural and political discussion that styles itself scientific, law is defined as the will of the sovereign* ».

ciascuno ha una volontà sua propria. Questo semplice fatto dovrebbe essere evidente. D'altra parte è impossibile definire il diritto come il contenuto della volontà di una o più persone particolari. Coloro che detengono di volta in volta il potere (sovrani, presidenti, membri del governo e del parlamento), hanno innumerevoli altre cose da fare che non *volere* ininterrottamente ciò che prescrivono le leggi. Anzi essi conoscono soltanto una parte limitata, e il più delle volte molto esigua, delle leggi in vigore. Con ogni probabilità essi desiderano che il diritto venga fatto rispettare e svolgono il loro compito a questo scopo. Ma tale desiderio e le azioni che ne derivano non implicano affatto che il diritto coincida con la loro volontà. Essi cercano semplicemente di esplicare la loro funzione nell'àmbito dell'organizzàzione statale, e si preoccupano che la legge e l'ordine siano rispettati. La differenza fra la loro situazione nei confronti del diritto e quella del resto della popolazione consiste soltanto nel fatto che essi possono accedere al meccanismo di produzione delle leggi.

Ancora più assurdo, se possibile, sarebbe avanzare l'ipotesi che il diritto coincide con il contenuto della volontà del popolo. In realtà i singoli individui non possono fare altro che conformare la propria condotta alle leggi se non vogliono incorrere nelle sanzioni. Le leggi verranno applicate in ogni caso, sia che incontrino o che non incontrino il loro favore. È vero che una insoddisfazione generale provoca dopo un certo tempo delle modificazioni nelle leggi, ma questo è un altro discorso. Non si può sostenere scientificamente che il diritto è la volontà del popolo in base all'argomento che a lungo andare i desideri prevalenti tra la popolazione vi imprimono il loro segno.

Non è mia intenzione procedere in questa sede ad una critica completa delle varie teorie circa la natura del diritto. Ciò comporterebbe un lungo e difficile viaggio prima di giungere all'argomento che desidero trattare, vale a dire il diritto come fatto. Penso sia preferibile affrontare subito tale problema, e prendere in considerazione direttamente i fatti della vita so-

ciale. Se in tal modo sarà possibile ottenere una spiegazione coerente ed esente da contraddizioni di quei fatti che di solito vengono indicati con il termine « diritto », il nostro compito potrà dirsi esaurito. Chiunque asserisca che nel diritto vi è qualcosa di più dei semplici fatti, dovrà assumersi l'onere della prova.

Non è possibile iniziare la nostra ricerca con una definizione del diritto, perché ciò costituirebbe una *petito principii*. Per poter giungere ad una definizione occorre prima esaminare i fatti. Il metodo adottato consisterà semplicemente nell'esaminare quei fatti che vengono solitamente indicati con l'espressione « norme giuridiche », evitando qualsiasi assunzione iniziale sulla loro natura. La parola « diritto » verrà usata per così dire come un bastone che indichi l'oggetto della nostra ricerca.

Tuttavia occorre procedere ad una certa qualificazione di tale oggetto, poiché niente ci assicura che i fatti a cui si riferisce il termine diritto siano tutti sempre della stessa natura. Anche senza bisogno di uno studio speciale sembra alquanto improbabile che il diritto internazionale o quello della Chiesa Cattolica siano della stessa natura del diritto positivo di uno Stato moderno. Il presente lavoro si limiterà appunto a quest'ultima specie di diritto, salvo espressi riferimenti ad altri tipi di ordinamenti giuridici.

La ricerca si articolerà in quattro parti: 1) in primo luogo verranno esaminati il contenuto e la forma della norma giuridica; 2) in secondo luogo si procederà ad individuare il modo in cui le norme vengono introdotte nel meccanismo sociale ad opera dell'attività legislativa e di altri procedimenti; 3) uno studio particolare ed approfondito sarà poi dedicato ai concetti di diritto e di dovere e ai loro rapporti con l'ordinamento giuridico; 4) infine verranno prese in considerazione le relazioni esistenti tra il diritto e la forza.

A mio avviso non è indispensabile arrivare ad una definizione del diritto. Il presente lavoro non intende essere niente

più di una descrizione e di un'analisi dei fatti. Prima di iniziarlo, mi sia consentita un'osservazione finale circa lo scopo che intendo raggiungere. I fatti che verranno sottoposti ad indagine sono materia di conoscenza comune. Ciò che io intendo fare è di trattarli soprattutto come fatti, e il mio scopo è piuttosto di ridimensionare il nostro concetto di diritto in modo da farlo quadrare con la realtà oggettiva esistente, che non di aggiungervi nuovi elementi. È della massima importanza collocare nel loro contesto appropriato i fatti più elementari e conosciuti concernenti il diritto, senza permettere la surrettizia introduzione, sempre ricorrente, di concetti metafisici. Ma se è necessario mirare in questa direzione, i fatti devono venire analizzati accuratamente anche quando sembri che il loro significato sia perfettamente semplice ed ovvio. Le pagine che seguono vogliono essere un modesto contributo a tale scopo.

I.

LA NATURA DELLA NORMA GIURIDICA

Ogni regola giuridica si riferisce al comportamento degli uomini: ed il suo scopo è sempre di influenzare tale comportamento in un modo o nell'altro. Non si riesce in effetti ad immaginare una finalità diversa quale meta dell'attività dei legislatori, e pertanto il contenuto e la forma delle norme devono venire esaminati da questo punto di vista.

Il contenuto della norma giuridica.

Per raggiungere il loro scopo i legislatori tracciano delle linee di condotta per coloro che intendono influenzare. Essi si raffigurano nella loro mente l'immagine della condotta desiderata, immagine che sarà poi opportunamente trasmessa agli interessati.

Ad esempio la legge prescrive che chi ha commesso un omicidio venga condannato a morte. In questo caso ciò che viene rappresentato è l'azione finale del giudice in un processo per omicidio. L'azione immaginata di cui si parla nella legge deve servire al giudice da modello di comportamento per tutti i casi in cui egli si trovi in una situazione corrispondente a quella raffigurata nell'enunciato normativo, vale a dire ogni volta che una persona accusata di omicidio viene condotta davanti a lui e riconosciuta colpevole del delitto di cui è imputata.

Il contenuto di una regola giuridica di questo tipo è perciò l'idea dell'azione immaginaria di un giudice in una situazione immaginaria. Si deve aggiungere subito che una norma non può mai venire presa in considerazione isolatamente, ma si trova sempre in stretto rapporto con altre norme e il suo significato emerge soltanto dall'esame complessivo delle varie

connessioni. La norma riguardante la condanna da infliggere all'omicida non è in relazione soltanto con le regole procedurali che si riferiscono alle varie fasi del giudizio, ma anche con parecchie altre: l'accusato deve aver raggiunto una certa età, deve essere stato sano di mente nel momento in cui ha commesso il fatto, e altre cose ancora. La rappresentazione della situazione immaginata quale presupposto della sentenza, è molto ricca di dettagli. Parecchie regole vanno riunite insieme per ottenere il quadro completo della situazione e dell'azione desiderata.

Il contenuto delle norme può essere dunque definito come *un insieme di rappresentazioni di azioni immaginarie da parte di persone determinate* (ad esempio i giudici) *in situazioni immaginarie*. Applicare il diritto significa prendere tali azioni immaginarie come modelli per la condotta ogni volta che le situazioni corrispondenti si verificano nella vita reale.

Il vero intento delle norme è in gran parte oscurato dalla tecnica della legislazione, che si basa sui concetti di diritto, di dovere e dei loro derivati, e che di conseguenza genera l'impressione che le regole giuridiche non si riferiscano affatto o solo in parte, alle *azioni* degli uomini, bensì alla *esistenza* di diritti, doveri, persone giuridiche e così via. Prendiamo ad esempio la norma concernente uno dei vari modi di acquisto della proprietà, quello *mortis causa*: qui non si dice nulla a proposito di azioni compiute da un soggetto; tuttavia è evidente che in ultima analisi le norme si riferiscono alla condotta degli uomini, e non si può attribuir loro nessun altro significato ragionevole. L'unica funzione delle norme è di contribuire alla rappresentazione delle *situazioni* in cui le azioni desiderate devono essere compiute, nonché di descrivere le *azioni* stesse. Il modo in cui questo compito viene svolto sarà discusso più oltre: trattare adesso del problema riguardante la tecnica della legislazione verrebbe a complicare inutilmente la nostra esposizione.

La forma della norma giuridica.

Passiamo ora all'esame della forma mediante la quale viene espresso il contenuto delle norme. I legislatori non usano il linguaggio descrittivo nel formulare le norme. Il loro scopo non è quello di comunicare informazioni sull'esistenza o meno di alcune loro idee, ma di fare sì che gli uomini tengano un determinato comportamento; di conseguenza le azioni immaginarie vengono portate a conoscenza degli individui nel modo più atto a far sorgere l'idea che esse devono venire eseguite incondizionatamente, vale a dire mediante l'uso della forma *imperativa.*

Sorvoliamo per il momento sul problema delle condizioni necessarie affinché la forma imperativa sia psicologicamente efficace. Si tratta di un problema di pertinenza della psicologia, e verrà trattato molto brevemente. Ciò che importa ai fini della presente indagine è di esaminare accuratamente la forma imperativa in se stessa e vedere in quale modo viene usata, poiché molte difficoltà sono sorte proprio per mancanza di chiarezza su questo punto.

La forma imperativa delle norme sta all'origine della diffusissima teoria che concepisce il diritto come un insieme di *comandi* dello Stato: teoria che è stata abbinata all'altra, di cui si è già parlato, del diritto come *volontà* dello Stato. I presunti comandi sarebbero le espressioni o i segni esteriori di tale volontà, e servirebbero appunto a farne conoscere il contenuto.

Due errori fondamentali si nascondono dietro a questo modo di concepire il diritto: il primo riguarda la vera natura del comando, il secondo il ruolo effettivo svolto dallo Stato. Questi due punti devono essere delucidati, se si vuole arrivare ad una chiara comprensione del significato reale delle norme.

Un comando non è una dichiarazione di volontà.

La convinzione che il comando sia espressione o dichiarazione di volontà è molto diffusa ed ha una lunga storia.

Hobbes, ad esempio, afferma: « Un comando consiste in una dichiarazione o manifestazione della volontà di colui che comanda » ([6]). La stessa idea viene ripresa da numerosi autori moderni, ed è opinione comune che il comando sia rivolto alla facoltà conoscitiva del destinatario, il quale riceverebbe delle informazioni circa il contenuto della volontà di chi ha emesso il comando.

Questo è un errore molto grave. Occorre tenere ben distinte due cose: dal fatto che un comando è stato emanato si possono trarre indubbiamente delle conclusioni sulla volontà della persona che comanda. Ma ciò non implica affatto che il comando in se stesso sia una dichiarazione di tale volontà. Se vediamo un uomo accendere un fiammifero ed avvicinarlo alla pipa, ne deduciamo che desidera fumare: ma il suo gesto non è stato certo eseguito, perlomeno nella maggior parte dei casi, per informare gli eventuali spettatori della sua intenzione di fumare.

Inoltre se un comando fosse veramente una dichiarazione di volontà, si potrebbe esprimerlo sotto forma di asserzione senza alterarne minimamente il significato, mentre invece ciò non è possibile. Si confrontino queste due proposizioni rivolte ad un bambino: « soffiati il naso! », e « è un fatto che io desidero che tu ti soffi il naso ». L'effetto della seconda può essere identico a quello della prima, perché il bambino sa che gli adulti hanno i mezzi per far rispettare i loro desideri. Ma il *significato* delle due sentenze non è per nulla il medesimo. Nel primo caso non vi è un giudizio di fatto, bensì un enunciato la cui funzione specifica è di spingere la persona a cui è rivolto ad agire in un certo modo. In altri termini esso non viene usato

---

([6]) Hobbes, *Leviathan*, part. II, ch. 26, 8. Un moderno esempio di tale teoria è rappresentato dalla seguente affermazione del Kelsen, in *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 202: « *Die Erklärung des Willes seitens des Befehlenden führt nicht direkt zum Willen des Anderen. Sie ist an dessen Intellekt gerichtet, wo sie lediglich die Vorstellung des fremden Willens hervorruft* ».

per trasmettere delle informazioni ma per influenzare la volontà. Nel secondo caso invece si ha un enunciato fattuale, che serve soprattutto per trasmettere informazioni.

In conclusione, un comando va tenuto nettamente distinto da un'espressione o dichiarazione della volontà di colui che parla: il comando è un atto mediante il quale un individuo cerca di influenzare la volontà di un altro ([7]).

Questo risultato può essere ottenuto per mezzo di parole o di segni, o anche soltanto con uno sguardo. È caratteristico del comando che esso non influenza la volontà facendo appello alla scala di valori del destinatario. Certo esso può venire sorretto e rinforzato da una minaccia o da una promessa, ma si tratta di un aspetto secondario. Il comando in quanto tale non contiene nessun riferimento ai valori. Agisce direttamente sulla volontà: il che significa che deve possedere un forte potere di suggestione. Qualunque sia il mezzo usato, parole, gesti o altro, lo scopo è sempre la suggestione.

Risulta evidente da quanto è stato detto finora, che vi è molta confusione dietro all'identificazione delle due concezioni, quella del diritto come volontà dello Stato e quella del diritto come insieme di comandi dello Stato. Se le norme fossero veramente « espressioni o dichiarazioni della volontà dello Stato », non potrebbero al tempo stesso essere dei comandi, dal momento che un comando non è affatto una dichiarazione di volontà.

Questa confusione è peraltro molto diffusa ed ha contribuito a tenere in vita le due teorie appena esposte. Il loro reale

---

([7]) La definizione che Austin dà del comando è errata. Egli dice: « se qualcuno esprime o intima il desiderio che un'altra persona compia o si astenga dal compiere una certa azione, e se è in grado di infliggere un male in caso di disobbedienza, l'espressione o manifestazione del suo desiderio è un comando ». In questa definizione l'elemento della *suggestione* viene completamente trascurato. Austin pone invece l'accento sulle *minacce*, che sovente si accompagnano al comando ma che devono venire distinte dal comando stesso.

contenuto è stato il più delle volte espresso in modo oscuro e perciò difficile da criticare: ma non appena viene formulato chiaramente, la critica diventa molto facile.

La prima teoria, vale a dire quella del diritto come volontà dello Stato, è già stata analizzata e confutata. Rimane da esaminare la seconda, la cosiddetta teoria « imperativa » del diritto.

La norma non è un vero e proprio comando.

La teoria imperativa è già stata tanto criticata nel passato da altri autori che non si rende necessario discuterne a lungo. È sufficiente metterla a confronto con l'evidenza dei fatti sociali. Il suo scopo recondito è di dimostrare che il diritto è un fatto del mondo reale, concreto. I comandi, ammettendo per ipotesi che si tratti di comandi, sono indubbiamente dei fatti naturali; in ultima analisi quindi la teoria imperativa persegue lo stesso scopo della presente ricerca. Ma essa dà una errata interpretazione dei fatti quando sostiene che le norme sono dei veri e propri comandi.

Un comando presuppone una persona che comanda ed un'altra a cui il comando viene rivolto. Rendendosi conto di questo, la teoria imperativa ha cercato di individuare la fonte da cui promanano i comandi che dovrebbero costituire le norme. In genere non l'ha identificata con la volontà di un individuo singolo: sarebbe invero difficile sostenere che l'immensa massa di norme di cui è composto il diritto di uno Stato moderno possa essere costituita dai comandi di una sola persona. Si dovrebbe trattare di un essere sovrannaturale. Per questo motivo i comandi vengono attribuiti allo *Stato*.

Tuttavia, se si vuole parlare con esattezza, non si può affermare che lo Stato emette dei comandi: lo Stato è un'organizzazione e sarebbe improprio dire che un'organizzazione in quanto tale emette dei comandi. Per essere plausibile un'affermazione del genere può al massimo significare che i comandi vengono impartiti dagli individui che agiscono al-

l'interno dell'organizzazione. La teoria imperativa quindi può costituire una spiegazione accettabile del fenomeno giuridico solo a patto che si possa dimostrare che le norme coincidono con i comandi di una o più persone appartenenti all'organizzazione statale. Ma anche questo è manifestamente impossibile. La complessa macchina statale viene fatta funzionare da una moltitudine di persone in continuo mutamento le quali agiscono in qualità di monarchi, presidenti, capi e membri del governo, membri del parlamento e così via. In genere nessuna di loro ritiene minimamente che il diritto si componga di comandi. Ciascun membro dell'organizzazione statale si trova di fronte a delle regole chiamate diritto già in funzione: tutto quello che può fare è di apportare qualche mutamento parziale all'ordinamento giuridico esistente, ma la maggior parte delle norme era già in vigore prima di lui e continuerà a guidare la vita della comunità dopo che egli se ne sarà andato.

Inoltre bisogna notare che i legislatori divengono tali ed esercitano il loro potere proprio per mezzo di norme. Ad esempio il re governa in base alle norme costituzionali che regolano la successione al trono, il capo del governo viene nominato dal re, i membri del parlamento devono essere eletti nel modo previsto dalla legge e così via. Non ha senso dire che le norme che permettono a questi uomini di occupare i loro posti sono comandi emanati da loro stessi.

E ancora, se le norme fossero comandi di un singolo o di un gruppo di individui, ciò dovrebbe risultare chiaramente nel corso dell'attività legislativa. Forse nulla è più indicativo della falsità della teoria imperativa quanto il ruolo svolto dai singoli legislatori nel procedimento di emanazione delle leggi. Facciamo il caso di uno Stato costituzionale. Il procedimento legislativo d'abitudine è, a grandi linee, il seguente. Una commissione viene incaricata di stendere un progetto legislativo. Dopo essere stato esaminato dal ministero competente esso viene sottoposto all'approvazione del parlamento. Prima delle votazioni ha luogo un ulteriore esame. Se il voto è favorevole si procederà

all'atto finale di promulgazione da parte del governo e del capo dello Stato. Solo al termine di questo lungo *iter* la legge diventa esecutiva.

Ora di tutte le persone implicate nel procedimento sopra descritto non si può certo dire che ve ne sia qualcuna che comanda. I membri del parlamento e del governo, o il capo dello Stato sono gli unici che potrebbero in via d'ipotesi farlo. È vero che sovente dietro di loro ci sono altre persone che detengono il potere reale e che determinano il contenuto della legge senza comparire nel processo legislativo. Ma non si può certo affermare che il diritto consista dei comandi di queste persone sconosciute: ci si riferisce sempre esclusivamente ai legislatori formali.

Mi sembra evidente che i membri del parlamento non comandano quando svolgono la loro attività; il voto implica un atto formale, previsto dalla costituzione: ad esempio i membri escono da porte diverse, alzano la mano, ecc., tutte operazioni molto diverse dal comandare. Un'ulteriore conferma della tesi che i singoli deputati e senatori non comandano è offerta dal fatto che il destino della proposta di legge viene deciso dal risultato della votazione. Come può un membro del parlamento credere di comandare, quando sa benissimo che il suo contributo consiste soltanto nell'aggiungere un voto a favore o a sfavore alla somma di tutti gli altri voti? Può anche accadere che egli non sia neppure informato del contenuto dei cosiddetti comandi: in effetti capita sovente che ne abbia una conoscenza soltanto frammentaria. Per quanto riguarda i membri del governo, essi agiscono di solito come «consiglieri» del capo dello Stato. In tal caso non si può certo dire che comandino anche se di fatto esercitano un potere reale: essi si limitano a «sottomettere» le loro proposte all'autorità superiore. Qualora in determinate circostanze essi possano agire da legislatori formali, vale quanto è già stato detto a proposito dei membri del parlamento.

Il capo dello Stato infine, non comanda niente a nessuno

quando rende esecutiva una nuova legge. Egli si limita ad apporre la sua firma in fondo ad un documento che gli viene presentato da un ministro. Non solo, ma il più delle volte non ha neppure una conoscenza superficiale del contenuto delle nuove disposizioni legislative, né d'altra parte è necessario che l'abbia. Ciò che egli compie in definitiva è solo un determinato atto previsto dalla costituzione, atto che riveste, per certi motivi, una grande importanza per la vita sociale.

Da quanto è stato detto finora risulta pertanto evidente l'impossibilità di definire il diritto come l'insieme di comandi di uno o più individui. Neppure al momento in cui l'atto legislativo viene emanato si può parlare di comando. Ancora meno poi si può dire che i legislatori continuino a comandare ininterrottamente tutto ciò che è prescritto dall'enorme complesso delle leggi, idea addirittura mostruosa, che però dovrebbe essere accettata da coloro che professano la teoria imperativa. Infatti non basta che ad un certo momento ci sia stato un comando; la teoria imperativa implica che continuino a sussistere, in qualsiasi momento, innumerevoli comandi che regolano le nostre vite: il che è palesemente assurdo.

Tutti questi fatti innegabili ed evidenti vengono singolarmente ignorati quando si definisce il diritto come il complesso dei comandi dello Stato. È evidente che la parola « Stato » usata in tale contesto non è assunta in senso realistico: non denota soltanto un'organizzazione, ma anche un'entità sovraumana, alla quale appunto vengono attribuiti i comandi. Ma questa entità esiste soltanto nell'immaginazione, ed ogni discorso intorno ad essa è puro misticismo, per non dire mero nonsenso. Non credo sia necessario soffermarsi a confutare la nozione di un essere sovraumano, fornito di una sua volontà e del potere di comandare: eppure la teoria imperativa del diritto può acquistare un significato soltanto a patto di assumerne l'esistenza.

Si potrebbero facilmente addurre altre critiche contro la teoria imperativistica. La sua assurdità si manifesta non appena

la si metta a confronto con la realtà. Dopo che le sue implicazioni siano state chiarite e portate alla luce non è più possibile prenderla in seria considerazione, e le sue numerose deficienze possono sfuggire soltanto ad una analisi molto imprecisa e superficiale.

Il diritto non è una creazione dello Stato.

Si è visto come il diritto non sia costituito dai *comandi* dello Stato. Ma si può andare oltre. In realtà la tendenza a fondare il diritto sullo Stato, a definirlo come creazione dello Stato, nasce da un'illusione. Lo Stato non è un'entità o un potere che esiste indipendentemente dal diritto, e di conseguenza non è possibile sostenere che il diritto deriva dallo Stato.

Se prendiamo il termine « Stato » in senso realistico, esso significa organizzazione. Ma ogni organizzazione si fonda su di un insieme di norme che vengono di fatto applicate all'interno di un certo gruppo sociale. In altri termini, è necessario che vi siano delle linee di condotta più o meno conosciute all'interno di un gruppo sociale le quali esercitano una certa influenza sulla condotta dei suoi membri. Solo così si può parlare dell'esistenza di un'organizzazione: in caso contrario ci sarà dell'anarchia pura e semplice. Ora le regole sulle quali si regge l'organizzazione statale sono precisamente quelle che chiamiamo regole giuridiche: il che significa che lo Stato, inteso in senso realistico, presuppone il diritto e non può esistere senza di esso. Di conseguenza non ha senso sostenere che il diritto è una creazione dello Stato.

L'errore deriva dal fatto che l'organizzazione statale, per mezzo della legislazione, provvede al meccanismo che rende le norme psicologicamente efficaci. È molto facile essere tratti in inganno, perché parecchie norme nuove, emanate in seguito al mutare delle circostanze, vengono appunto introdotte mediante l'apparato legislativo fornito dallo Stato. Ma qual è la portata reale dell'attività legislativa? Prima di passare a que-

sto problema è necessario determinare con esattezza la natura delle norme giuridiche.

Le norme come imperativi indipendenti.

Benché non siano veri e propri comandi, le norme, come già è stato detto, vengono formulate imperativamente. Non si ricorre al linguaggio descrittivo per esprimere quelle rappresentazioni di certe azioni in certe situazioni che costituiscono il contenuto delle norme; il testo legislativo non contiene dichiarazioni circa l'esistenza o meno di determinate idee nella mente del legislatore o di qualche altra persona. Ciò sarebbe assurdo. Le idee a cui il testo legislativo si riferisce vengono formulate in modo imperativo. Quali che siano le parole usate, il significato della norma è sempre: « questa azione *deve* essere eseguita qualora si verifichino le seguenti circostanze, il tale diritto *deve* sorgere in conseguenza dei seguenti fatti, questo funzionario *deve* disporre del tale potere, ecc. ».

Ciò non implica affatto che le norme siano, dopo tutto, dei comandi. Naturalmente ciascuno è libero di usare il termine « comando » come meglio crede, a condizione che specifichi chiaramente il significato che intende attribuirgli. Ciò che importa non è la questione terminologica: se si vuole cogliere la vera natura del diritto, l'essenziale è distinguere non già i diversi termini, ma le diverse realtà che stanno dietro di essi. Le espressioni imperative che incontriamo nel diritto vanno tenute distinte il più chiaramente possibile dai veri e propri comandi. Si tratta di qualcosa di diverso e la teoria imperativa, per aver trascurato questa distinzione, ha finito con l'essere costretta ad adottare delle costruzioni non realistiche per poter far quadrare la realtà del diritto con l'assunzione che le norme siano comandi nel vero senso del termine.

Un vero e proprio comando implica una relazione personale. Esso viene impartito da una persona ad un'altra per mez-

zo di parole e di gesti il cui compito è di influenzare la volontà. Ora lo stesso genere di parole è usato sovente anche nei casi in cui non esiste alcuna relazione personale tra chi comanda e chi riceve il comando: e tali parole continuano ad avere un effetto analogo se non identico. Sono operative indipendentemente da ogni relazione con la persona che le emette. In questi casi io proporrei di usare il termine « imperativi indipendenti ».

Il Decalogo può venire citato come esempio di complesso di imperativi indipendenti. Non si può dire infatti che Mosé comandi di fare o di non fare certe azioni. Del resto nessuno lo pensa: secondo l'opinione corrente le parole del Decalogo sono comandi di Dio.

In realtà il Decalogo è un insieme di sentenze imperative, formulate parecchie migliaia di anni fa, che si sono trasmesse attraverso i secoli per mezzo della tradizione orale e scritta. Ma non sono i comandi di nessuno, per quanto parlino il linguaggio caratteristico dei comandi.

Le norme appartengono allo stesso genere. Esse sono degli enunciati imperativi su azioni, diritti e doveri immaginari. Si è visto che non possono essere definite come i comandi di qualcuno. Le persone che le hanno formulate o emanate in qualità di legislatori formali non hanno agito come persone che comandano. Non solo, ma gli uomini a cui le norme sono dirette nella maggior parte dei casi non conoscono neppure coloro che le hanno emesse. Alla loro attenzione si propongono soltanto degli enunciati imperativi, completamente staccati dalle persone dei legislatori, i quali possono benissimo essere morti migliaia di anni addietro. In altri termini, le proposizioni imperative funzionano da modelli della condotta umana in modo del tutto indipendente da qualsiasi soggetto che emetta ordini. Lo schema di comportamento in esse contenuto viene assunto, per una molteplicità di ragioni, come guida di azione nella vita concreta. Il che equivale a

dire che le idee espresse in forma imperativa sono la causa di un certo comportamento degli individui.

Gli imperativi indipendenti differiscono dai comandi anche sotto altri aspetti. Un comando vero e proprio è rivolto ad una persona determinata e tende a farle compiere una data azione, come ad esempio nel caso dell'ordine « avanti marsh! ». Ma un imperativo indipendente non si rivolge a nessuno in particolare, può anche, per così dire, essere diretto nel vuoto. Non dice ad un singolo « tu devi fare così », ma afferma in modo astratto « questa azione deve essere compiuta », ad esempio, un omicida deve essere condannato a morte. Il « deve » è connesso con l'idea di una azione e non direttamente con un individuo. È impossibile per i legislatori rivolgersi direttamente a tutti i giudici presenti e futuri che possono trovarsi nelle situazioni corrispondenti a quelle immaginate dalle leggi. Di conseguenza è l'azione in se stessa che viene indicata come ciò che *deve* essere eseguito. In altri casi la norma prescrive che una certa « relazione giuridica » venga stabilita in seguito al verificarsi di determinate circostanze: ad esempio che il vincolo coniugale cominci ad esistere dopo la celebrazione del matrimonio. Qui l'espressione imperativa si riconnette con l'idea della nascita di un rapporto giuridico, qualificato come matrimonio, e non è diretta a nessuna persona. In maniera analoga il *dover essere* di una norma può essere connesso con il sorgere di un diritto o di un dovere, si veda il caso, ad esempio, della norma che prescrive in quali modi si può acquistare il diritto di proprietà.

Una ulteriore differenza tra comandi ed imperativi indipendenti può essere brevemente delineata. Un vero comando non può venire trascritto sotto forma di proposizione esprimente un giudizio. Il comando « soffiati il naso! » non può essere rimpiazzato da una proposizione del tipo « è vero che tu devi soffiarti il naso ». Una simile frase, presa nel suo senso letterale, è piuttosto assurda. Un imperativo indipendente invece può talora essere sostituito da un giudizio. Nel Decalogo abbiamo

l'imperativo « non devi rubare! »: ora non sembra affatto assurdo da un punto di vista logico usare in sua vece la frase « è vero che tu non devi rubare », oppure « è tuo dovere non rubare ».

Formalmente queste proposizioni si presentano in veste di giudizi, e perciò siamo portati a credere che lo siano veramente. In base a tale convinzione ci sembra di essere in grado di istruirci a vicenda su come ci dobbiamo comportare, di comunicarci informazioni sui nostri doveri. In sostanza noi crediamo di possedere una conoscenza di tipo oggettivo in questo campo e di poterla comunicare agli altri, come se si trattasse di nozioni concernenti i fatti del mondo esterno.

In realtà qui si nasconde una fatale illusione. Noi non comunichiamo nessuna conoscenza per mezzo di frasi del genere, bensì cerchiamo di suggestionare e di influenzare la mentalità e le azioni degli altri uomini. Nessun giudizio reale si cela dietro queste proposizioni. E non si descrive nessuna qualità oggettiva di una azione dicendo che essa deve o non deve essere fatta.

Dietro all'apparenza del giudizio si svolge un procedimento del tutto diverso: e cioè una espressione imperativa si associa nella nostra mente con l'idea di un'azione. Si tratta di una relazione meramente psicologica, il che non toglie che essa sia della massima importanza per la vita sociale. Tuttavia per un insieme di ragioni tale connessione ci appare come esistente oggettivamente, e di conseguenza siamo portati a credere in una realtà illusoria separata e distinta dal mondo naturale, una realtà che viene indicata dalla parola « dovere ». Ci troviamo di fronte alle origini dell'idea della forza vincolante del diritto.

Riassumendo, le regole morali nel loro complesso sono degli imperativi indipendenti, non sempre molto coerenti fra di loro, che promanano da fonti diverse. Esse esercitano un grande potere di suggestione, per motivi psicologici che non è il caso di discutere in questa sede, e noi ci sentiamo obbli-

gati a rispettarle. E proprio per questo non ci limitiamo a considerarle come sequenze di parole che operano per mezzo della suggestione, ma ci sforziamo di trovare qualcosa di solido al di là della forma verbale, finendo il più delle volte con l'imputarle più o meno apertamente alla divinità.

Un analogo misticismo si riscontra nel campo giuridico, con la differenza che qui il posto di Dio è occupato dallo Stato. Le norme vengono raffigurate come espressioni della volontà dello Stato o come comandi dello Stato, e quindi come qualcosa che esercita una pressione reale su di noi. Si è visto però che lo Stato, rettamente inteso, non può emettere dei comandi; solo se lo si concepisce in senso metafisico, come un vero e proprio dio in terra, può essere considerato come un'entità che comanda o che esprime il suo volere attraverso le norme. Ma tutto questo non è altro che puro misticismo.

Con la eliminazione del supporto mistico, la nostra nozione dell'*esistenza* del diritto deve per forza subire una trasformazione radicale. Siamo profondamente convinti dell'esistenza ininterrotta e continua delle norme, e ne parliamo come se fossero sempre presenti alla stregua di entità reali. Ma ciò non è esatto. È impossibile attribuire un'esistenza continua ad una regola sia giuridica che di altro genere. Una norma esiste solamente in quanto contenuto di una idea nella mente degli uomini. E non vi è nessuna idea del genere perennemente presente nella mente di qualcuno: gli imperativi sono presenti nella sfera della coscienza soltanto a intervalli. Né la situazione muta per il fatto che le parole dell'imperativo vengano scritte. Il testo scritto — che in se stesso non è niente di più di alcuni segni sulla carta — svolge il compito di richiamare certe idee alla mente del lettore, e questo è tutto.

In realtà il diritto di un paese si compone di una immensa massa di idee concernenti la condotta umana, le quali si sono accumulate grazie all'opera congiunta di innumerevoli

collaboratori. Tali idee sono state espresse dai loro autori mediante il linguaggio imperativo specialmente attraverso la legislazione formale, e nella medesima forma vengono conservate nei testi legislativi. Esse continuano poi a ripresentarsi e a rivivere nelle menti degli uomini, accompagnate dall'imperativo « questa condotta deve essere seguita », o da un'altra espressione di analogo effetto.

Non è nostro intento discutere in modo specifico la differenza esistente tra le norme giuridiche e le norme morali. Personalmente ritengo che non sia possibile stabilire una netta linea di divisione, in quanto non mi sembra che vi siano delle differenze fondamentali. Molte norme giuridiche sono al tempo stesso norme morali. La ragione per cui una norma viene ascritta alla categoria delle regole morali, cioè delle regole che impongono un'obbligazione morale, non può essere rinvenuta nella natura stessa della norma, ma nella risposta che essa provoca. In altri termini, la regola morale non può venire distinta da quella giuridica in base a qualche caratteristica oggettiva, bensì a causa della diversità dei sentimenti che essa suscita.

II.

LA CREAZIONE DELLE NORME

Si è cercato fin qui di spiegare che cosa sia una norma. Vedremo ora in che modo quelli che abbiamo definito « imperativi indipendenti » acquistino il loro significato sociale entrando a far parte del meccanismo della società.

Nella situazione attuale il mezzo principale per ottenere tale risultato è costituito dall'attività legislativa svolta nei modi previsti dalla costituzione. Il primo oggetto del nostro esame sarà perciò l'attività legislativa. Accanto alla legislazione ordinaria vi sono poi altri modi per introdurre nuovi imperativi nell'ordinamento giuridico: il più importante è rappresentato dal sistema dei precedenti, e si può inoltre ricordare la notevole influenza esercitata in certi paesi dalla giurisprudenza. Tratteremo brevemente anche di questi metodi, e cercheremo inoltre di spiegare il processo originario di formazione delle costituzioni, perché altrimenti la risposta all'interrogativo che ci siamo posti all'inizio del presente capitolo finirebbe col sembrare sospesa nel vuoto.

La legislazione ordinaria.

Dal punto di vista tradizionale l'atto mediante il quale viene posta in essere una legge implica qualcosa di inesplicabile, anche se ciò non viene sempre avvertito chiaramente. Infatti non si riesce a spiegare come mai il progetto legislativo possa cambiare natura ed entrare in una dimensione diversa della realtà quando viene trasformato in legge. Il progetto legislativo infatti non è niente più di un insieme di articoli creati dall'immaginazione, i quali vengono sottoposti alle autorità competenti per essere approvati. Al contrario la legge una volta promulgata è costituita da norme « vin-

colanti », cioè a dire ha acquistato una forza sovrannaturale. Mediante l'atto della promulgazione il progetto di legge ha subìto dunque un profondo mutamento. La legge è nella sua essenza qualcosa di molto diverso dal progetto: e tale cambiamento si è prodotto in seguito al voto di un'assemblea o mediante la firma di una persona determinata che occupa una posizione preminente.

Questo misticismo e lo scolasticismo che ne consegue ovviamente traggono le loro origini dalla nozione della forza vincolante del diritto. Una volta che tale idea sia stata accantonata come pura superstizione, non rimane più nulla di misterioso e di inesplicabile nell'attività legislativa. La sua spiegazione può essere difficile, poiché riguarda un processo piuttosto complicato, ma si tratterà comunque di una spiegazione basata esclusivamente sui fatti.

È fuori dubbio che la legislazione esplica un'efficacia sociale della massima importanza per la comunità. Il progetto legislativo non aveva altro significato per la vita sociale all'infuori di quello di essere oggetto di discussioni e di procedimenti formali. Non faceva per nulla parte dell'ingranaggio della macchina statale. Ma la legge sì. I pubblici funzionari la prendono come modello per le loro azioni e sono virtualmente costretti a farlo. E la popolazione deve considerarla come un ostacolo nei confronti di certi comportamenti e come un incoraggiamento rispetto ad altri. Non appena il progetto viene trasformato in legge, subito si manifesta la sua forza vincolante.

Ma questo effetto dell'attività legislativa non ha alcun carattere mistico. Si tratta esclusivamente di un rapporto di causa ed effetto che ha luogo nel mondo empirico, a livello *psicologico*. Lo scopo dei legislatori infatti è di influenzare la condotta degli uomini e ciò si può ottenere soltanto esercitando su di loro una pressione psicologica. Come si effettui poi tale pressione è un problema di pertinenza della psicologia; a noi basta mettere in evidenza le condizioni generali

che rendono possibile l'uso dell'attività legislativa come valido strumento per governare la società, e gli elementi base della struttura sociale che costituiscono i presupposti per il funzionamento dell'apparato legislativo.

In circostanze normali la legislazione si svolge secondo quanto è stabilito dalle norme costituzionali. La sua efficacia deriva innanzi tutto dal senso generale di reverenza e dalla radicata abitudine all'obbedienza della popolazione nei confronti della costituzione. Tale atteggiamento è facilmente riscontrabile in ogni paese civile di tipo occidentale (gli altri non possono venire presi in considerazione per ragioni di brevità). Presso tutti i popoli esiste un complesso di idee che riguardano il governo del paese, idee che vengono considerate «obbligatorie», e che quindi sono implicitamente obbedite. Tali idee sono relative al procedimento mediante il quale certe persone sono chiamate ad assumere le più alte cariche, in qualità di re, di ministri, o di membri del parlamento e così via. Il potere di cui queste persone dispongono deriva proprio dall'esistenza di tali idee tra la popolazione. L'attitudine generale di rispetto nei confronti della costituzione colloca alcuni uomini nelle posizioni chiave, dando loro la possibilità di esercitare una pressione psicologica sui concittadini e di dirigerne, per certi aspetti, la condotta.

Non è mia intenzione indagare sulle cause che hanno generato la formazione di tale attitudine, o su quelle che hanno portato al potere certe determinate persone. Sono problemi che riguardano la storia e la psicologia. È sufficiente sottolineare che una situazione analoga a quella descritta esiste indubbiamente al momento attuale in ciascun paese, a meno che non sia temporaneamente sospesa da una rivoluzione. È ovvio che l'atteggiamento di rispetto verso la costituzione non si sostiene automaticamente da solo in virtù di una forza interna: esso deve essere continuamente sorretto da una ininterrotta pressione psicologica sui membri della comunità. È necessario cioè che coloro che occupano le posizioni chiave, se intendono continuare a

tenerle, facciano uso, e in modo abbastanza deciso, del potere che la situazione psicologica del paese ha loro conferito.

L'atteggiamento nei confronti della costituzione ha un duplice significato. In primo luogo fa sì che tutti accettino come vincolanti le norme emesse nel modo prescritto dalla costituzione, e le adottino come schemi di comportamento senza ripensamenti ed opposizioni. In secondo luogo, il potere di legiferare diventa monopolio esclusivo di coloro che sono designati come legislatori dalla costituzione. La popolazione rimane, per così dire, cieca e sorda a qualsiasi sollecitazione che provenga da altre direzioni; soltanto i legislatori costituzionali riescono ad ottenere attenzione ed obbedienza nel campo a loro riservato dalla costituzione. Nella maggior parte dei casi non avrebbe senso mettersi in competizione con loro.

Riassumendo, l'atteggiamento abituale di obbedienza verso la costituzione produce un duplice effetto: anzitutto i legislatori costituzionali possono accedere ad un meccanismo psicologico che permette loro di influenzare la vita della comunità; inoltre ciò è permesso solamente a loro, mentre tutti gli altri ne sono esclusi e anche volendo non riuscirebbero a costruirne uno simile. Uso di proposito la parola «meccanismo» in quanto ritengo che sia il termine più appropriato, dal momento che le reazioni degli uomini a questo riguardo seguono linee ben definite e possono essere predette con un alto grado di precisione. L'atteggiamento della maggior parte dei cittadini è, in circostanze normali, così rigido ed uniforme che l'attività legislativa può realizzarsi molto facilmente e senza bisogno di nessuno sforzo speciale da parte dei legislatori. Questa situazione ci è tanto familiare che sembra far parte dell'universo come il sorgere e il tramontare del sole, ragione per cui non ci rendiamo conto che l'efficacia della legislazione è condizionata dall'atteggiamento psicologico nostro e di milioni di altre persone: grazie a tale at-

teggiamento i legislatori possono manipolare la nostra volontà come se suonassero uno strumento musicale.

Oltre all'attitudine psicologica, un'altra condizione base è indispensabile per assicurare l'efficacia del procedimento legislativo: si tratta dell'organizzazione. È necessario che esista un corpo di persone pronte ad applicare le leggi, se occorre anche con la forza, poiché è chiaramente impossibile governare una comunità soltanto per mezzo dell'influenza psicologica esercitata dall'attività legislativa. Ritorneremo più tardi su questo argomento. L'organizzazione che detiene la forza, cioè l'organizzazione statale, è composta per la maggior parte da uomini addestrati ad eseguire automaticamente le leggi, senza permettere alle loro opinioni personali di interferire. Essa funziona con tanta regolarità e sicurezza che può essere benissimo paragonata ad un enorme meccanismo. Il legislatore siede al centro di tale meccanismo, davanti ad un immaginario pannello dei comandi da dove dirige il movimento di tutte le altre parti.

Il significato reale dell'atto di promulgazione di una legge è ormai chiaro. Il progetto legislativo non viene innalzato in una diversa sfera della realtà ma è semplicemente fatto oggetto di certe procedure formali dotate di un particolare effetto di natura psicologica. I procedimenti formali sono la cosa essenziale, e l'atto del legiferare in ultima analisi si riduce ad essi. Le stesse disposizioni, identiche a quelle contenute in una legge, anche se emanate dalle stesse persone, ma senza che sia stata osservata la forma prevista dalla costituzione, non assumono nessuna rilevanza sociale.

Non esiste nessuna volontà dello Stato, e neppure dei veri e propri comandi di legislatori individuali. Ciò che si verifica nella realtà è il seguente fenomeno: le formalità previste dalla costituzione applicate agli «imperativi indipendenti» contenuti nel progetto legislativo, conferiscono loro una importanza peculiare per la vita sociale, avvolgendoli in una aureola e contrassegnandoli in modo tale che gli uomini sono

indotti ad assumerli come modelli di comportamento. Per questo motivo tali imperativi rivestono una rilevanza pratica di gran lunga superiore a quella di tutti i comandi di altro genere.

Naturalmente una legge è sempre opera di uno o più individui, e non di un'astrazione a nome «Stato». Il requisito necessario per poter dare origine ad una legge, è di averere accesso al meccanismo sopra descritto. Tale meccanismo è a disposizione di chiunque sia nato in una posizione chiave o abbia il coraggio, l'abilità e la tenacia necessari per conquistarne una. Le modalità saranno diverse a seconda che si tratti di una monarchia o di una repubblica, di una democrazia o di una dittatura; ma in linea di principio il significato delle posizioni-chiave è lo stesso dovunque. L'essenziale è di avere la possibilità di usare quei procedimenti formali che, data la situazione psicologica esistente nel paese, sono richiesti per conferire efficacia pratica agli imperativi indipendenti.

Il meccanismo della legislazione può essere paragonato ad una centrale di energia che sfrutti la corrente di un fiume. L'attitudine della popolazione corrisponde alla corrente. Nella centrale la forza della corrente viene trasformata in elettricità, la quale è poi distribuita nel territorio circostante per dare luce e calore e mettere in moto le presse e i telai. Le linee elettriche simbolizzano le singole leggi, promulgate secondo la costituzione. Il significato di un atto legislativo corrisponde alla derivazione di una nuova linea dalla centrale.

Per mezzo delle varie leggi si fa in modo che gli uomini tengano a freno gli elementi pericolosi, mantengano una certa divisione della proprietà, si curino dei vecchi e degli ammalati, educhino la gioventù e così via. Tutte queste attività, indispensabili per la vita civile, sono rese possibili dall'atteggiamento della popolazione nei confronti della costituzione. Tale atteggiamento funziona come una immensa sorgente di

potere per la macchina legislativa, mettendo in grado coloro che occupano le posizioni chiave di governare il paese.

Per evitare confusioni è necessario tuttavia mettere in evidenza che il paragone riguarda soltanto un aspetto del problema. La corrente del fiume infatti possiede una forza propria indipendente dalla centrale; in altri termini il fiume segue il suo corso sia che la centrale esista, sia che non esista. Mentre invece l'atteggiamento di rispetto verso la costituzione può continuare a sussistere solo a patto che la costituzione stessa venga regolarmente applicata ed il potere esercitato secondo le sue prescrizioni. Vi è dunque un duplice rapporto tra la macchina legislativa e l'atteggiamento psicologico nei confronti della costituzione dalla quale dipende la sua efficacia. I due elementi si condizionano a vicenda e di conseguenza il rapporto di causa ed effetto è infinitamente più complicato che non nel caso del fiume e della centrale. Tuttavia il paragone è utile per illustrare quell'aspetto della relazione che ci interessa in questo momento.

Il fatto che la costituzione sia la fonte del potere che sorregge l'attività legislativa, non implica che la forza e l'efficacia delle leggi in un dato momento storico dipendano di volta in volta esclusivamente dalla costituzione in vigore. È risaputo che le cose stanno diversamente e che molto spesso un sistema legislativo mantiene intatto tutto il suo potere nonostante che la costituzione sia stata rovesciata da una rivoluzione; ad esempio i codici napoleonici sono sopravvissuti a tutte le rivoluzioni e a tutti i cambiamenti politici avvenuti in Francia posteriormente alla loro emanazione. Ciò non contraddice affatto quanto è stato affermato sulla costituzione come fonte del potere dell'attività legislativa. L'osservanza della forma costituzionale è il mezzo indispensabile per inserire il progetto di legge nel meccanismo sociale, e far sì che le disposizioni in esso contenute siano rispettate. Dopo di che la costituzione può essere rovesciata senza che ciò metta necessariamente in pericolo le leggi emanate in pre-

cedenza secondo i requisiti da essa prescritti. Il rispetto per la legge può benissimo sopravvivere alle cause che lo hanno originariamente fatto sorgere. Altri elementi entrano in gioco e concorrono a mantenerlo in funzione. Dopo che una legge è diventata parte integrante della struttura della società, numerosi interessi crescono a poco a poco attorno ad essa, e di conseguenza non è possibile eliminarla senza provocare dei conflitti. Quando si verifica una rivoluzione, i nuovi detentori del potere hanno quasi sempre un grande interesse a conservare, quanto meno provvisoriamente, la maggior parte delle vecchie leggi.

Tuttavia per poter garantire l'efficacia di una legge ci deve sempre essere in vigore una costituzione, sia pure diversa da quella esistente al tempo della sua promulgazione. Infatti è necessario che vi sia un'organizzazione capace di eseguire le disposizioni contenute nella legge: in caso contrario essa finirebbe col ridursi ad un vuoto insieme di parole. Ma la organizzazione presuppone una costituzione, in quanto non può esistere senza regole, e le regole fondamentali per l'organizzazione della società sono appunto contenute nella costituzione. In questo senso la costituzione è fonte di potere non soltanto per la creazione ma anche per il mantenimento delle varie leggi.

Riassumendo, il significato dell'atto legislativo non consiste nella acquisizione di una ipotetica «forza vincolante» da parte del progetto di legge al momento della sua trasformazione in legge vera e propria, bensì nel fatto che le disposizioni in esso contenute sono rese psicologicamente efficaci. Questo risultato è ottenuto grazie all'applicazione di determinate formalità che esercitano una certa influenza sull'animo dei cittadini. Il fattore essenziale del procedimento legislativo è la forma.

Bisogna stare attenti tuttavia a non interpretare questa affermazione in modo troppo dogmatico. In pratica non è affatto indispensabile per l'efficacia dell'attività legislativa

che la forma prescritta dalla costituzione venga osservata rigidamente. Nella maggior parte dei casi i legislatori godono di un certo margine di discrezionalità. Essi possono allontanarsi per un verso o per l'altro dai requisiti formali previsti dalla costituzione senza che ciò annulli l'efficacia delle leggi da loro emanate. Questo dipende in larga misura dalla mentalità e dalle consuetudini e convinzioni dei pubblici funzionari, in special modo dei giudici. A volte essi esercitano un controllo inflessibile sull'osservanza delle forme costituzionali. In certi casi possono persino sindacare se il contenuto delle leggi si accorda o no con il supposto contenuto della costituzione, come accade ad esempio negli Stati Uniti. Altre volte invece accettano qualsiasi legge promulgata dal governo senza discutere il procedimento seguito. Tutto questo significa semplicemente che in pratica i requisiti richiesti si riducono virtualmente ad uno, vale a dire alla condizione che le leggi siano emanate dagli organi competenti. Il punto centrale dell'intera questione è che l'attività legislativa è sempre una pura formalità, la quale conferisce al progetto di legge un certo carattere di rilevanza per le persone interessate, incorporandolo in tal modo nel complesso ingranaggio della macchina sociale.

Metodi non formali di creazione delle norme.

Il metodo formale sopra descritto non è il solo impiegato per la creazione di nuove norme.

Alcuni legislatori, è vero, come Giustiniano e Napoleone, hanno tentato di escludere tutti gli altri metodi, e di fare del diritto emanato secondo le formalità stabilite il solo diritto valido. Ma il loro tentativo non è stato coronato da successo. Altre norme, che possiamo raggruppare sotto la denominazione di diritto consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*), si formano necessariamente al di fuori della sfera della legislazione formale.

La consuetudine ha sempre costituito uno spinoso problema per tutti quei filosofi che hanno cercato di identificare il diritto con la volontà dello Stato. Infatti rispetto alle norme consuetudinarie la teoria del diritto come volontà si presenta ancor più lontana e contraria ai fatti che non nel caso della legislazione formale. Il diritto consuetudinario si sviluppa quasi completamente in modo più o meno inconscio, e le nuove norme si formano senza l'intenzione deliberata di nessuno. È pertanto impossibile affermare con una sia pur minima parvenza di verità che tali norme sono comandi o manifestazioni di volontà.

Se si parte invece da una concezione realistica del fenomeno giuridico, la soluzione del problema riguardante la formazione del diritto consuetudinario si presenta del tutto simile a quella data per la legislazione formale.

In ambedue i casi ci troviamo di fronte all'introduzione di imperativi nuovi in un più vasto sistema di imperativi sperimentati come vincolanti e dotati di efficacia pratica. In ambedue i casi non vi è nient'altro che una catena di cause e di effetti naturali a livello psicologico.

Possiamo prendere come esempio di diritto consuetudinario la *common-law*, che è per lo più basata sul sistema dei precedenti. Il modo in cui l'insieme delle sue norme si è sviluppato è cosa ben nota. Si parte dal presupposto che i giudici applichino soltanto le norme già esistenti. Ma in pratica essi non potrebbero assolvere il loro compito se si attenessero rigidamente a tale richiesta, dato che sovente sono chiamati a decidere su dei casi che non sono contemplati dalla legislazione in vigore; di conseguenza i giudici modificano di frequente il diritto esistente per poter soddisfare le nuove esigenze, e in alcuni casi emettono addirittura delle sentenze in aperta contraddizione con esso. È quindi evidente che molte decisioni giudiziarie non si basano su regole giuridiche preesistenti. Mediante la dottrina della forza vincolante dei precedenti tali decisioni vengono ad assumere lo

stesso significato degli atti legislativi veri e propri, in quanto i giudici saranno vincolati per il futuro dai princìpi in esse contenuti.

Di conseguenza la *common-law* subisce un continuo e costante processo di rinnovamento e di sviluppo, nonostante si continui ufficialmente a sostenere che tutte le decisioni dei giudici si basano esclusivamente sul diritto esistente. Se anche gli stessi giudici sono convinti di questo fatto, non riterranno di esplicare un'attività creatrice di diritto, e considereranno gli imperativi da loro emanati come mere applicazioni di norme già esistenti.

Le forze che conferiscono efficacia pratica alle norme create dai giudici sono del tutto simili a quelle che rendono socialmente operativa la legislazione formale. Il fattore dominante è sempre costituito dall'atteggiamento di rispetto nei confronti della costituzione: la posizione dei giudici infatti dipende dalla costituzione e la stessa teoria della forza vincolante dei precedenti può essere considerata come un elemento della costituzione.

Ma anche altri imperativi indipendenti possono assumere l'efficacia propria delle leggi senza nessun diretto riferimento alla costituzione. A volte nuove norme vengono introdotte per opera della giurisprudenza. Occorre precisare che non mi sto riferendo alla situazione inglese. In Inghilterra la giurisprudenza, o scienza giuridica, è intesa nel suo complesso come scienza *sul* diritto, e il suo scopo è di studiare il sistema giuridico dal punto di vista storico, o sociale o filosofico. I libri di testo, d'altro canto, non sono opere a livello scientifico, ma semplicemente delle compilazioni di precedenti e di statuti. In altri paesi invece, ad esempio in Germania ed in Scandinavia, la scienza giuridica è concepita innanzitutto come una scienza *del* diritto, e il suo scopo principale è di stabilire il vero significato o contenuto delle norme.

Naturalmente i giuristi non si assumono il ruolo di legislatori: tuttavia sovente i loro scritti hanno come conseguenza

la creazione di nuove norme. È opinione comune che i giuristi si limitino a descrivere ciò che è già contenuto nelle norme, ma in realtà la loro opera ha una portata molto più vasta in quanto rappresenta un tentativo di colmare le lacune del diritto esistente. Se i giuristi riescono a convincere i giudici della bontà delle loro teorie, le norme da essi proposte quale risultato della loro ricerca scientifica diverranno oggetto di applicazione pratica da parte dei tribunali e finiranno con l'assumere la stessa validità della *Statute Law*. Non deve quindi meravigliare che alcuni autori elenchino la giurisprudenza tra le fonti del diritto, benché ciò sia in palese contraddizione con la concezione del diritto come comando dello Stato.

Nel corso dello sviluppo del diritto consuetudinario, il presupposto secondo cui i giudici applicano sempre delle norme preesistenti è stato dunque, e in parte lo è tuttora, un mezzo utile per introdurre nuove norme. Ma a ben vedere tale presupposto non è necessario: anche se ci si rende conto chiaramente che i giudici non si limitano ad applicare le norme esistenti ma tendono invece a completare l'ordinamento giuridico in vigore, non per questo i precedenti perdono la loro vitale importanza per le decisioni future riguardanti casi simili ([8]). L'esigenza di continuità nell'amministrazione della giustizia è così sentita che i tribunali non possono fare a meno di tener conto dei precedenti.

([8]) Numerosi rappresentanti del pensiero giuridico americano, con a capo Mr. Justice Holmes e Dean Roscoe Pound hanno sostenuto vivacemente, in contrasto con la teoria tradizionale, che l'opera dei giudici è realmente creatrice di diritto. Il lavoro di Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), è diretto principalmente a far sì che l'attività normativa dei giudici acquisti consapevolezza della sua reale natura. Secondo il Frank il vecchio punto di vista è tuttora prevalente: «la maggior parte dei giuristi nega la realtà del diritto creato dai giudici» (*op. cit.*, 33), vale a dire sostiene che le norme enunciate dal giudice esistevano già in precedenza.

Al momento attuale vi è una forte tendenza verso un esplicito riconoscimento della situazione reale, anche se le vecchie teorie non sono ancora scomparse del tutto.

Un'analisi più approfondita dei problemi concernenti lo sviluppo del diritto consuetudinario andrebbe al di là delle intenzioni del presente lavoro. Dal nostro punto di vista è importante sottolineare che, tanto nel caso del diritto consuetudinario quanto in quello della legislazione formale, non si tratta altro che di modi diversi per rendere efficaci all'interno della comunità un certo numero di imperativi indipendenti. È perfettamente legittimo che a tale scopo si usino metodi diversi, per quanto la legislazione formale sia, ai nostri giorni, di gran lunga il più importante.

L'origine della costituzione.

Una costituzione può contenere delle norme destinate a regolare la sua stessa trasformazione. In alcuni casi anche una costituzione completamente nuova può essere creata attraverso un procedimento previsto e regolato dal diritto. Così come può accadere che una costituzione si evolva lentamente come diritto consuetudinario da una forma primitiva. Tuttavia nella maggior parte dei casi, se non in tutti, le costituzioni dei paesi civili traggono le loro origini da una rivoluzione o da una guerra, vale a dire dalla forza.

Gli attuali detentori del potere o i loro predecessori si sono affermati appunto con tali mezzi, anche se questo non ha significato necessariamente una più grande alterazione della costituzione. Ad un certo punto perciò la catena del processo legale di sviluppo della costituzione è stata interrotta da atti di violenza o da atti illegali in genere, i quali appaiono in ultima analisi come la fonte ultima dell'ordine esistente.

Questi fatti sono sovente considerati come particolarmen-

te imbarazzanti e difficili da spiegare. Il «problema della rivoluzione» è stato discusso a fondo dalla filosofia del diritto. Sembra molto difficile riuscire a capire in che modo degli atti di violenza possano dar luogo a delle «norme vincolanti». Il diritto di emanare norme vincolanti è implicitamente attribuito ai legislatori costituzionali: ma i capi rivoluzionari non solo sono privi di ogni diritto a questo proposito, ma agiscono addirittura *contro* le leggi esistenti. Ciononostante la costituzione rivoluzionaria serve da base per le nuove leggi, la cui forza vincolante non è messa in discussione.

Soltanto dopo che la nozione superstiziosa della «forza vincolante» del diritto sia stata distrutta, si può arrivare alla soluzione del dilemma. Dal punto di vista tradizionale la nascita del Diritto dalla Forza è destinata a rimanere un mistero, che inquieterà in eterno le menti degli sfortunati filosofi. In realtà il fenomeno della nascita della costituzione da atti rivoluzionari non è più misterioso di quello della legislazione ordinaria. In ambedue i casi ciò che di fatto si verifica è che alcuni individui pongono in essere un complesso di imperativi diretti all'intera popolazione e ne esigono l'obbedienza. La differenza consiste nelle cause che rendono efficaci tali imperativi. Mentre la legislazione ordinaria attinge la sua forza vincolante dal generale rispetto per la costituzione esistente, la quale opera come sorgente *permanente* di potere, una costituzione rivoluzionaria viene imposta alla popolazione con altri mezzi. Si deve verificare una coalizione *temporanea* di forze abbastanza potente da riuscire ad effettuare nei cittadini quel cambiamento di attitudine che è implicito nell'accettazione di una nuova costituzione come vincolante. Al legislatore ordinario non è richiesto nessuno sforzo speciale per rendere efficaci le leggi da lui emanate, poiché egli ha a disposizione un meccanismo già pronto. I rivoluzionari invece devono creare essi stessi il meccanismo, devono cioè orientare l'atteggiamento della popola-

zione verso nuove direzioni in modo da rendere possibile l'efficacia psicologica dei loro imperativi.

Per spezzare l'abitudine all'obbedienza verso una costituzione già consolidata è necessario che si verifichino delle circostanze eccezionali, la cosiddetta «situazione rivoluzionaria». I vecchi imperativi riguardanti il governo di un paese vengono respinti soltanto sotto la pressione di condizioni economiche disperate, dei disastri di una guerra, dell'oppressione di un nemico vittorioso e così via, unitamente a nuovi ideali e a nuovi slogan capaci di infiammare gli animi di odio e di speranza. I detentori del potere perdono poco alla volta la loro influenza sulla popolazione, finché un giorno vengono spodestati con la forza o costretti a battersela ignominiosamente dall'uscita posteriore. Uomini nuovi arrivano ad occupare i loro posti, i quali proclamano con fermezza: «questa da ora in avanti sarà la costituzione che governerà il nostro paese». Può accadere che il tentativo fallisca, e in tal caso la progettata costituzione rimarrà un pezzo di carta, un vuoto insieme di parole. Ma se la rivoluzione riesce, se un governo si stabilisce sulla base dei nuovi imperativi, ecco che questi diventano automaticamente la nuova costituzione. In breve, nei confronti della nuova costituzione *l'esito vittorioso* della rivoluzione rappresenta l'equivalente del rispetto delle formalità costituzionali per la legislazione ordinaria. Nuove norme vengono in seguito emanate secondo la costituzione appena affermata e sono subito automaticamente accettate come vincolanti.

L'intero meccanismo è di nuovo in funzione, con differenze maggiori o minori a seconda degli scopi e dei mezzi di coloro che sono saliti al potere.

Oltre alla «situazione rivoluzionaria» sono necessari altri due fattori per poter effettuare il mutamento: la *forza* e la *propaganda*. La forza, per rovesciare coloro che occupano le posizioni chiave, per scoraggiare i loro sostenitori, per vincere l'eventuale resistenza. La propaganda, per preparare gli

animi ad accogliere i nuovi imperativi. La loro forza di suggestione infatti da sola non è sufficiente ed essi non riuscirebbero a produrre nessun effetto se la popolazione non fosse opportunamente preparata a riceverli. Lo scopo della propaganda è di operare sulla situazione psicologica del paese in modo tale da assicurare la risposta voluta.

In seguito interviene il lavorio del tempo. Così come le leggi ordinarie continuano ad essere efficaci anche se la costituzione che ha servito loro da fondamento è stata nel frattempo abolita, del pari la costituzione stessa può sopravvivere alle cause che l'hanno originata. L'ardore rivoluzionario può sparire. La povertà e il disagio diminuire. La sconfitta tramutarsi in vittoria. E tuttavia la costituzione sorta da queste condizioni continua a mantenere la sua efficacia pratica. Attorno ad essa si sono venuti raggruppando innumerevoli interessi. I suoi ideali sono penetrati nel profondo della coscienza popolare. E la nuova costruzione rimane in piedi anche dopo che l'impalcatura sia stata rimossa.

Inoltre i rivoluzionari vengono presto o tardi presi a loro volta negli ingranaggi del nuovo sistema. L'efficacia psicologica della costituzione implica un certo atteggiamento da parte della popolazione e tale atteggiamento non può venire cambiato radicalmente da un giorno all'altro. Occorre uno sforzo considerevole per operare un mutamento in profondità, ammesso che questo sia possibile. Il potere dei governanti è perciò sempre limitato entro confini più o meno ristretti, indipendentemente dal fatto che abbiano conquistato le loro posizioni con mezzi legali oppure mediante una rivoluzione.

L'ostacolo immediato che ogni tentativo rivoluzionario incontra è sempre la lealtà verso la costituzione esistente. Ma dopo che la costituzione è stata sostituita, l'abitudine inveterata all'obbedienza diventa fonte di forza per quella nuova: in sostanza viene semplicemente trasferita da un complesso di regole ad un altro. Questo cambiamento talvolta si

attua con incredibile semplicità, in special modo quando le nuove regole si adattano meglio alle condizioni economiche e alle concezioni morali prevalenti.

Parlando in termini più generali, la fonte principale di forza per la costituzione risiede nelle abitudini e negli istinti sociali della popolazione. Questo vale sia per tutto il tempo di durata di una costituzione, sia per il sorgere e l'affermarsi di una nuova. I rivoluzionari riescono ad impadronirsi del potere solo se sanno utilizzare tale forza in modo appropriato. Può sembrare un paradosso, ma in effetti il successo di una rivoluzione dipende dalla manipolazione di quelle caratteristiche umane che giocano in favore del rispetto delle leggi.

Riprendendo il paragone del fiume, si può dire che le diverse costituzioni corrispondono ai vari canali attraverso i quali l'acqua del fiume viene di volta in volta inalveata. Il fiume rappresenta la forza costituita dalle abitudini e dagli istinti sociali. L'energia provvista dalla corrente può essere utilizzata solo se viene immessa in un canale comune, altrimenti l'acqua finisce col dividersi in tanti rivoletti inutili e il terreno si trasformerà in un acquitrino. Allo stesso modo le forze sociali di una comunità debbono essere unificate per mezzo di una costituzione che ottenga il rispetto della quasi totalità della popolazione, in maniera da dar luogo ad una attitudine generale di obbedienza nei confronti dell'autorità legislativa. In caso contrario si corre inevitabilmente verso il caos e la distruzione.

Una rivoluzione può essere definita come il processo mediante il quale il fiume viene incanalato in una nuova direzione. Talvolta il risultato di tale operazione è una vera e propria catastrofe. Il fiume può travolgere gli argini e dilagare sulla fertile campagna circostante, distruggendo boschi e città, e facendo annegare gli sventurati che si trovano sul suo cammino. A lungo andare tuttavia il fiume si adatta al suo nuovo corso; la corrente si calma e nuova vita fiorisce

sulle sue rive. In altri casi si tratta soltanto di rimuovere uno sbarramento divenuto sorpassato e inutile o di raddrizzare il corso del fiume in un determinato punto.

Non è possibile tracciare una linea netta di divisione tra la legislazione rivoluzionaria e quella ordinaria. Come è già stato detto, i legislatori costituzionali sovente dispongono del potere di discostarsi più o meno dalle formalità richieste dalla costituzione. Inoltre è cosa nota che una costituzione può essere «interpretata» in un senso completamente diverso da quello originale. Le leggi costituzionali sono molto più esposte che non quelle ordinarie ad interpretazioni diverse ed arbitrarie, perché la loro applicazione non è in genere affidata a giudici imparziali bensì agli uomini politici. Sovente l'unico controllo possibile sull'operato di questi ultimi è costituito dall'opinione pubblica, e l'opinione pubblica può venire influenzata e manipolata in misura considerevole.

Il tentativo di dare una spiegazione «finale» del fenomeno giuridico.

A questo punto si può facilmente muovere la seguente obiezione: l'esposizione fatta sin qui ha cercato di mostrare, a grandi linee, il modo in cui i *nuovi* imperativi vengono introdotti nell'ordinamento giuridico. Il che implica che si è partiti dal presupposto dell'esistenza di tale ordinamento, e che pertanto non è stata offerta nessuna spiegazione *finale* del fenomeno giuridico in se stesso, cosa del resto impossibile sulle basi del metodo adottato. Infatti le spiegazioni date si riferiscono esclusivamente alle modifiche e agli ampliamenti del diritto esistente, e non all'origine del sistema nel suo complesso.

Tutto ciò è vero. Si è sottolineato ad esempio che si deve al rispetto generale per la costituzione se le nuove regole giuridiche diventano effettive dopo essere state introdotte mediante la legislazione. La costituzione a sua volta è stata ri-

collegata ad una rivoluzione o ad una guerra. Ma questo non significa affatto che la rivoluzione o la guerra debbano essere considerate come la causa *ultima* del diritto. Una supposizione del genere sarebbe totalmente errata. Una rivoluzione si verifica all'interno di una società già governata dal diritto: in ultima analisi non è che un mezzo per mutare il diritto vigente. Essa interessa inoltre in modo diretto soltanto certe parti dell'ordinamento giuridico, in primo luogo le norme costituzionali, mentre parecchie altre parti, specialmente le norme fondamentali del diritto penale, possono benissimo rimanere immutate.

Una rivoluzione è solamente un gradino del lungo processo di sviluppo del diritto. Il mutamento si riferisce ad un sistema già esistente ed ha uno scopo limitato. La medesima constatazione vale per qualsiasi altro modo di produzione di nuove norme giuridiche.

In realtà la spiegazione storica, per sua stessa natura, non può riguardare altro che i mutamenti all'interno del *corpus iuris*. È impossibile individuarne l'origine ultima. Noi non disponiamo di nessuna conoscenza precisa circa l'atto di origine della vita associata. Tutto ciò che sappiamo attorno all'uomo si riferisce a stadi di civiltà nei quali un'organizzazione sociale, e di conseguenza un sistema giuridico, esisteva già da tempo. Anche le comunità cosiddette primitive hanno le loro leggi, e sovente tutt'altro che semplici.

Le colonizzazioni dell'Islanda o dell'America non possono essere citate come esempi di formazione «originale» di una società, in quanto i colonizzatori provenivano da società già esistenti, e portavano con sé la loro eredità di credenze, costumi e conoscenze. In altri termini, la loro struttura mentale presupponeva l'esperienza della vita associata, ed essi organizzarono le nuove società con gli strumenti derivati dalle vecchie.

La spiegazione storica dunque si riferisce sempre ad una tappa dell'evoluzione del diritto, a partire da un punto

in cui esso è già operante da lungo tempo. Il massimo che si può fare è di trarre dai fatti conosciuti qualche ipotesi riguardante gli stadi più primitivi, ma non si riesce certo a raggiungere una spiegazione « finale ». Non ha senso chiedersi in che modo il sistema nel suo complesso ha avuto inizio. E di conseguenza l'obiezione che la presente esposizione non è riuscita a dare una risposta a tale interrogativo è del tutto priva di valore.

III

LA NOZIONE DI DIRITTO SOGGETTIVO

Nelle pagine precedenti, l'idea del diritto in senso soggettivo è stata momentaneamente accantonata allo scopo di semplificare l'esposizione. È ora necessario affrontare tale problema e spiegare il significato della nozione di diritto soggettivo, esaminando le sue relazioni con i fatti sociali e individuando il ruolo che essa svolge nell'attività legislativa e nell'amministrazione della giustizia. Prima però è opportuno fare alcune osservazioni a proposito dell'idea di dovere.

Da quanto è stato detto in precedenza circa la forza vincolante del diritto, dovrebbe essere ormai chiaro che all'idea di dovere giuridico non corrisponde nulla di oggettivamente esistente. Il dovere non esiste nel mondo empirico, concreto, ma soltanto nella immaginazione degli uomini. Di reale vi è soltanto un sentimento di obbligatorietà al quale si riconnette l'idea di un vincolo immaginario. Si è tentato ripetutamente di rivendicare la realtà oggettiva dei doveri giuridici collegandoli all'esistenza delle sanzioni: ma tutti questi tentativi sono destinati a fallire. La minaccia della sanzione è una cosa molto diversa dal dovere. È evidente che il dovere di rispettare la vita altrui non coincide con il fatto che gli assassini, se catturati e giudicati colpevoli, vengono impiccati. Anzi secondo l'opinione corrente le sanzioni sono applicate proprio in seguito alla violazione di un dovere.

L'idea del dovere e il sentimento del dovere sono indubbiamente della massima importanza per la vita sociale. Ma la scienza si deve occupare solamente delle idee e dei sentimenti in quanto tali, e non del vincolo immaginario concepito alla stregua di qualcosa di oggettivamente esistente.

I legislatori fanno uso con molta frequenza dell'idea di dovere. Dal momento che condividono l'ideologia corrente,

essi ritengono che il loro compito principale consista nell'imporre ai cittadini i doveri richiesti dall'interesse sociale. Il fatto che i doveri siano soltanto dei legami immaginari non nuoce per nulla alla tecnica legislativa. Anzi proclamare dei doveri sotto forma di legge è un metodo eccellente per influenzare le azioni degli uomini.

Una situazione analoga si verifica a proposito dei diritti soggettivi. Si presuppone che essi siano delle entità oggettive: noi parliamo dei diritti quasi come se fossero degli oggetti del mondo empirico. Naturalmente se riflettiamo siamo costretti ad abbandonare una simile idea, ma tuttavia continuiamo a credere fermamente che essi esistano al di fuori della nostra immaginazione, che siano delle realtà oggettive, per quanto di natura intangibile. Non confiniamo affatto la loro esistenza nel mondo della immaginazione, e gli eventuali suggerimenti in questo senso sono respinti con veemenza e indignazione. Ciononostante diritti e doveri si rivelano ad una indagine più accurata come pure e semplici idee della mente umana.

Su questo punto non può sussistere alcun dubbio dopo che la nozione della forza vincolante del diritto è stata respinta come assurda. La dissoluzione di tale convinzione basilare implica necessariamente il frantumarsi di tutte le concezioni metafisiche intorno al diritto, o per meglio dire, fa sì che esse appaiano finalmente nella loro vera luce. Esse si rivelano come un puro prodotto dell'immaginazione privo di qualsiasi corrispettivo nella realtà oggettiva.

Tutte queste considerazioni non si riferiscono soltanto ai cosiddetti diritti naturali. Anche i diritti positivi o legali sono egualmente privi di realtà oggettiva. Vi sono, è vero, alcuni fatti sociali strettamente connessi con l'idea di diritto soggettivo; questi fatti vengono facilmente confusi con il diritto immaginario così come è comunemente concepito. Ma se tali fatti vengono descritti e confrontati con la nozione di diritto soggettivo, nessun errore è possibile: risulterà immediatamente evidente che la nozione non corrisponde ai fatti.

Per dimostrare la verità della nostra affermazione si può ricorrere al metodo semplicissimo di enumerare i fatti connessi con l'idea di diritto soggettivo, e di chiedersi poi se l'uno o l'altro di essi possa venire identificato col diritto stesso. In tal modo si evita la difficoltà di fissare fin dall'inizio il contenuto della nostra definizione di diritto soggettivo, problema su cui torneremo in seguito. Dopo aver passato in rassegna i fatti sociali saremo inoltre al sicuro dal pericolo di identificare troppo affrettatamente il diritto, come sovente accade, con alcuni fatti, solo perché questi ultimi sono conosciuti e descritti in maniera approssimativa e confusa.

La nozione di diritto soggettivo a confronto con i fatti.

A molti studiosi il confronto tra diritti e fatti potrà apparire assolutamente superfluo, giacché è evidente che i diritti sono qualcosa di diverso dai fatti, qualcosa di superiore. Si potrebbe addirittura affermare che non è necessaria nessuna indagine particolare per dimostrare una verità così evidente e conosciuta, della quale tanto i giuristi quanto i filosofi del diritto sono pienamente convinti.

Ciò è senza dubbio vero. Tuttavia noi assistiamo continuamente al ripetersi dei tentativi di rivendicare ai diritti un posto nel mondo della realtà sensibile. Il motivo non è difficile da individuare: chiunque non voglia peccare di inconsistenza non può ritenersi soddisfatto della pura e semplice asserzione che i diritti sono qualcosa di superiore ai fatti, qualcosa che appartiene ad un mondo diverso. Se si sostiene che i diritti sono delle realtà oggettive occorre definire la loro relazione con i fenomeni del mondo spazio-temporale, ad esempio si dovrà dimostrare come possano sorgere ed estinguersi in seguito ad eventi del mondo fenomenico. Ora, una volta formulato il problema in questi termini, è possibile darvi una risposta soltanto se si identificano i diritti con i fatti, poiché niente che

non appartenga esso stesso al mondo del tempo e dello spazio può essere posto in relazione con i fenomeni spazio-temporali.

È perciò impossibile sostenere seriamente che i diritti stanno al di sopra dei fatti. Se si vuole affrontare il problema da un punto di vista scientifico ci sono soltanto due vie aperte. Una consiste nel dimostrare che i diritti esistono solamente nell'immaginazione degli uomini, cioè che essi appartengono al mondo del tempo e dello spazio soltanto in quanto contenuti di nozioni della mente umana. L'altra strada consiste nel provare che i diritti corrispondono a dei fatti del mondo esterno. Io intendo dimostrare che questa seconda via è impraticabile.

Si prenda ad esempio il diritto di proprietà nella sua concezione attuale. I fatti connessi con l'idea di questo diritto sono in breve i seguenti (mi riferisco solamente al caso più semplice: proprietà piena di un individuo non colpito da nessuna incapacità giuridica):

1) La cosa, l'oggetto del diritto.

2) Le norme, o « imperativi indipendenti ».

3) La macchina della giustizia esistente nel paese e funzionante secondo le leggi.

4) La posizione favorevole di cui gode il cosiddetto proprietario nei confronti dell'apparato della giustizia.

Il proprietario infatti gode di determinati vantaggi se il meccanismo giudiziario funziona così come prescrive la legge. Ad esempio egli può reclamare i danni nel caso in cui la cosa venga danneggiata da un atto di negligenza di un terzo. Il che significa che se egli ha il denaro necessario per promuovere una causa contro la persona responsabile dei danni, se riesce a provare la negligenza di quest'ultima in modo soddisfacente per la corte, e se la corte si comporta secondo quanto prescrive la legge, allora, soddisfatte tutte queste condizioni, potrà ottenere una sentenza in suo favore che condanni il convenuto a pagargli i danni. La sua, diciamo così, vittoria non implica tuttavia che egli ne deriverà con certezza un vantaggio materiale, perché a

questo punto entra in gioco la posizione economica del convenuto: in parecchi casi l'attore non riesce neppure a recuperare il costo della causa. Ne segue che i vantaggi del proprietario così come sono garantiti dal regolare funzionamento della macchina della giustizia sono sempre più o meno incerti. In breve la sua posizione è tale che egli può mettere in moto il meccanismo giudiziario nelle circostanze stabilite dalla legge. A tale scopo tuttavia si richiede che egli disponga di una certa potenza, e deve riuscire a sormontare numerosi ostacoli prima di arrivare ad ottenere un guadagno concreto. Occorre aggiungere inoltre che sovente, anche se il proprietario non intenta nessuna azione, la macchina del diritto si mette egualmente in moto qualora vengano compiute azioni dirette a turbare il possesso. Per esempio ai nostri giorni il furto viene punito dalle autorità che agiscono in nome dell'intera comunità. In molti paesi si fa addirittura proibizione al proprietario di intentare delle azioni penali di una certa gravità. La funzione della macchina della giustizia nei confronti del titolare di un diritto di proprietà può essere perciò ambivalente: in alcuni casi si mette in moto soltanto in seguito ad una sua richiesta, in altri invece agisce in modo del tutto autonomo ed indipendente.

5) Anche le sanzioni possono venire enumerate come fatti collegati all'idea del diritto di proprietà: ma bisogna tener presente che molto raramente si verifica l'applicazione delle sanzioni nei casi relativi a questioni di proprietà.

6) Il sesto fatto è la sicurezza del proprietario per quel che riguarda il godimento della cosa. Quando una persona ha acquistato una automobile e l'ha pagata, può farne di solito quello che vuole, tranne naturalmente che servirsene per superare i limiti di velocità e simili. Se si acquista una casa, ci si può abitare indisturbati. In genere nessuno di noi corre il rischio di sentirsi strappar via il cappotto per la strada, ecc. Questa situazione di privilegio di cui gode il proprietario, è naturalmente condizionata dal comportamento dei suoi concittadini. Il suo possesso esclusivo dell'oggetto, la sua

assoluta libertà nel disporne dipendono in ultima analisi dal fatto che gli altri si astengono dall'interferire.

La sicurezza però è sempre relativa. L'automobile può essere rubata, la casa incendiata, il cappotto strappato. Si tratta sempre di una questione di più o di meno, di maggiore o minore sicurezza, e non di immunità assoluta da ogni attacco. L'alto livello di sicurezza raggiunto dalle società occidentali presuppone una attitudine di rispetto verso la proprietà altrui molto sviluppata e generalizzata. Tutto sommato all'uomo medio non viene quasi mai in mente di impadronirsi dei beni degli altri, e anche se a volte gli balena una simile idea, la respinge immediatamente (direi quasi automaticamente). Ma è sufficiente che questo abito mentale subisca una sia pur lieve incrinatura, e la sicurezza è distrutta. Facciamo l'ipotesi che soltanto il 90 % della popolazione si trattenga dall'impadronirsi di quello che desidera qualora se ne presenti l'occasione, e che invece il 10 % sia privo di qualsiasi inibizione nei confronti della proprietà altrui: in condizioni del genere la sicurezza scenderebbe a dei valori molto bassi.

7) Le cause che determinano l'attitudine generale di rispetto della proprietà altrui sono necessariamente molto complicate. Tuttavia un fatto emerge con chiarezza: ed è la incalcolabile importanza del diritto, della macchina della giustizia. L'enorme pressione esercitata dal diritto è difficile da valutare, anche perché non ne siamo consapevoli, così come non siamo consapevoli dell'aria che respiriamo. Non è necessario in questa sede indagare i modi attraverso i quali tale pressione si esercita. È sufficiente tenere presente che esiste. La pressione esplicata dalla legge è l'ultimo dei fatti connessi con l'idea del diritto soggettivo.

Ora è il caso di chiedersi a che punto faccia la sua comparsa il diritto soggettivo stesso. Ovviamente il diritto di proprietà non coincide con la cosa. E non coincide neppure con la norma o con la macchina della giustizia, o con la pressione psicologica da essa esercitata, e nemmeno con le sanzioni che

vengono di tanto in tanto applicate nei singoli casi. Rimane soltanto la posizione favorevole del proprietario nei confronti del meccanismo giudiziario e la relativa sicurezza di cui egli dispone nel godimento indisturbato della cosa.

Questi sono i soli fatti che potrebbero, con qualche verosimiglianza, venire indicati come corrispondenti alla nozione comune del diritto di proprietà, e vanno pertanto sottoposti ad una indagine più accurata.

La prima domanda che ci dobbiamo porre è la seguente: il diritto di proprietà, così come è concepito abitualmente, coincide con la sicurezza relativa del cosiddetto proprietario? La risposta è un deciso « no ». Non è affatto vero che chiunque possa disporre a suo piacimento di una cosa ne sia considerato il proprietario. Se così fosse, il ladro, a furto avvenuto senza inconvenienti, dovrebbe venire qualificato come il proprietario della cosa rubata! Inoltre non è necessario che il soggetto che può vantare un titolo legale nei confronti della cosa ne abbia anche il controllo reale per esserne ritenuto il proprietario. Anche se ha perduto in un modo o nell'altro il possesso della cosa, il suo diritto continua a sussistere fino al momento in cui un'altra persona lo acquisti nei modi previsti dalla legge.

È dunque ovvio che secondo la concezione corrente il diritto di proprietà ed il possesso effettivo della cosa sono due fenomeni distinti, benché nella maggior parte dei casi siano concomitanti. Molti giuristi hanno visto nel possesso la contropartita nel mondo empirico del diritto di proprietà inteso come realtà sovrasensibile. Ma è chiaro che diritto e possesso possono benissimo non verificarsi tutti e due nello stesso tempo, in quanto l'esistenza del diritto è determinata dalle leggi. Il diritto viene acquistato in seguito al verificarsi di un certo numero di fatti, ad esempio una compravendita, la morte di un parente, ecc. L'esistenza del diritto dipende in modo esclusivo da questi fatti, le cui conseguenze giuridiche sono fissate dalle norme. Il possesso effettivo invece, ovvero il potere concreto di usare della cosa, dipende da una molteplicità di condizioni che non

possono venire accertate in base a criteri puramente giuridici. Il titolo legale ha una grande importanza anche nei confronti del possesso, poiché la gente di solito evita di interferire nel possesso del detentore del titolo: ma il potere effettivo di usare della cosa in questione non dipende esclusivamente dalle norme. Il titolo legale è soltanto uno dei vari elementi che concorrono a determinare la posizione concreta del proprietario, ed i suoi effetti hanno un carattere sempre relativo.

Rimane da vedere se il diritto di proprietà coincide con la posizione favorevole di cui gode il proprietario nei confronti della macchina della giustizia, cioè se si identifica con la sua capacità di mettere in moto tale meccanismo per tutelare i suoi interessi. Senza dubbio questa capacità è strettamente connessa con l'idea di diritto soggettivo, ma sarebbe tuttavia un grave errore confondere il diritto soggettivo, così come lo concepiamo abitualmente, con tale potere concreto.

In primo luogo il diritto è comunemente considerato come qualcosa di anteriore alla capacità di mettere in moto il meccanismo giudiziario. La pretesa dell'attore si basa su di un diritto, e quando egli ottiene una sentenza favorevole si ritiene che ciò sia avvenuto perché è riuscito a dimostrare tale diritto. Prendiamo ad esempio il caso in cui l'attore proclami di essere il legittimo proprietario di un bene che si trova invece nelle mani del convenuto. Secondo l'opinione corrente per vincere la causa egli deve provare il suo diritto di proprietà. Ecco allora che il suo diritto non coincide con il fatto che l'attore ha la possibilità di ottenere una sentenza favorevole, ma anzi è considerato come una delle condizioni della sentenza, come qualcosa che deve venire accertato dai giudici.

In secondo luogo non sempre l'attore ottiene una sentenza favorevole, anche se dal punto di vista della scienza giuridica egli detenga il diritto in questione. Infatti può accadere che egli non sia in grado di soddisfare l'onere della prova, oppure che la corte si faccia un'idea sbagliata dei fatti e così via. Come invece può benissimo verificarsi che esca vincitore da una con-

troversia una persona in realtà priva di qualsiasi diritto. La vittoria nelle controversie dipende da molti altri fattori oltre a quelli che determinano l'esistenza di un diritto secondo la legge, e pertanto il successo finale non coincide necessariamente con il diritto.

Terzo ed ultimo, occorre ricordare che si ritiene comunemente che il diritto esista anche se non dà mai luogo a nessuna azione giudiziaria. È necessario che insorgano delle circostanze particolari affinché il proprietario intenti un'azione legale: ad esempio che un altro abbia acquistato il possesso della cosa, oppure che essa sia stata danneggiata e simili. Nel frattempo il diritto di proprietà continua ad esistere: nessun uomo di legge nutre il minimo dubbio in proposito. Non solo, ma secondo l'opinione comune l'azione viene intentata in seguito alla violazione di un diritto, il quale pertanto esiste indipendentemente dalla possibilità effettiva di intentare con successo un'azione. Inoltre l'azione a cui dà adito la violazione del diritto di proprietà è essa stessa una specie di diritto e non già una capacità concreta.

Si potrebbe avanzare l'ipotesi che il diritto di proprietà si identifichi con la generica possibilità di intentare con successo azioni nelle varie direzioni in caso di negligenza, furto e così via. Ma tale soluzione sarebbe sbagliata (9). Se noi aves-

---

(9) Come esempio della confusione tra il diritto e il potere effettivo di intentare con successo un'azione, possiamo citare il saggio di Arthur L. Corbin, *Conditional Rights*, in *Law Quarterly Review*, 44, 1928. L'autore inizia con l'osservare che la nozione corrente di diritto soggettivo implica qualcosa di mistico, e poi passa a definire che cosa sia veramente un diritto, o, per usare le sue stesse parole, « a riportare i Diritti sul piano dell'esperienza comune assieme agli altri fatti ». Sembra dunque indubbio che i diritti siano concepiti dall'autore come dei *fatti*. Il problema è di determinare di quale specie di fatti si tratti. La definizione raggiunta è la seguente: « Un rapporto giuridico tra due persone — sia esso un rapporto Diritto-Dovere o di altro genere — significa che noi possiamo predire sulla base dei fatti esistenti, con un certo grado di sicurezza, quali

simo in mente un'idea del genere quando parliamo del diritto di proprietà, la nostra nozione di tale diritto sarebbe oltremodo complicata. Infatti dovrebbe comprendere gran parte dell'ordinamento giuridico, più una notevole quantità di fatti d'altro genere, quali ad esempio la posizione economica del proprietario e via di seguito. Mentre invece è fuori discussione che noi pensiamo a qualcosa di abbastanza semplice quando ci riferiamo ad un diritto. È vero che un diritto implica delle conseguenze legali quanto mai complicate, le quali nella maggior parte dei casi sono note soltanto agli avvocati: ma questo è un fatto secondario. Il diritto è una cosa e i suoi effetti legali un'altra.

Non è molto difficile dare una spiegazione della confusione che talora insorge tra il diritto e la capacità di intentare con successo un'azione. Chiunque può promuovere un'azione, anche se non ha nessuna base legale per farlo. E potrebbe anche darsi che il suo tentativo fosse coronato da successo.

---

saranno le azioni che la società organizzata adotterà nei confronti delle due persone in questione... Sia il Diritto che il Privilegio esprimono dei concetti giuridici e denotano un rapporto giuridico, perché ambedue, qualora siano usati in relazione a due persone, *costituiscono delle predizioni* (il corsivo è mio) sulla condotta della società secondo una norma uniforme... Come è stato affermato prima, dire che una persona ha un diritto nei confronti di un'altra significa dire che noi possiamo predire con ragionevole certezza, sulla base dei fatti esistenti, che questa persona potrà ottenere l'aiuto della società per controllare la condotta della seconda ».

L'identificazione dei *diritti* con le *predizioni* è un grosso errore. Ciò che noi intendiamo con la nozione di diritto soggettivo è decisamente qualcosa di molto diverso da una predizione. Se persone diverse fanno predizioni diverse sullo stesso caso, ciò significa forse che vi sono diritti diversi? Forse che i legislatori fanno predizioni sulle azioni dei giudici quando emettono le norme sul modo in cui si devono acquistare e trasferire i diritti, ecc.? Certamente no. Essi *regolano* le future azioni del giudice. Né i giudici fanno predizioni quando « determinano i diritti ». La sentenza non può essere una predizione di ciò che il giudice deciderà sul caso in esame! Senza dub-

Ma le probabilità di vittoria sono enormemente più alte per l'attore che disponga di un titolo legale. Se in un dato paese l'amministrazione della giustizia si mantiene ad un livello soddisfacente è molto difficile vincere le cause senza possedere i titoli legali. In pratica se essi mancano il successo è possibile soltanto se l'attore è in grado di produrre dei fatti che presentino una somiglianza tale con quelli richiesti dalla legge da indurre i giudici in confusione. In altre parole si deve trattare di fatti che quasi sconfinano nei titoli legali. In caso contrario è semplicemente pazzesco promuovere una causa il cui risultato non potrà non essere una sentenza contraria, col conseguente onere delle spese.

D'altro canto invece chi sia in possesso del titolo legale e degli altri requisiti richiesti dalla legge ha delle ottime probabilità di ottenere una sentenza favorevole se è in grado di presentare anche le prove necessarie. Di conseguenza il cosiddetto diritto e la posizione di favore sono generalmente pre-

---

bio i diritti hanno per noi un significato molto diverso dalle predizioni. Né d'altra parte il diritto soggettivo coincide con i *fatti* su cui possono basarsi le predizioni. Questi fatti sono parecchi, e di vario genere. Essi includono il contenuto della norma, i fatti che costituiscono il titolo legale, la personalità dei testimoni e dei giudici, l'abilità degli avvocati, la posizione economica delle parti, e così via. Ciò che noi abbiamo in mente quando parliamo di diritti non può essere questa eterogenea massa di fatti. In realtà noi vogliamo dire che il diritto viene *creato* da alcuni dei fatti elencati, e precisamente da quelli che costituiscono il titolo legale.

Non è tuttavia difficile capire che cosa abbia indotto l'autore ad assumere la posizione sopra descritta. Si tratta del fatto che una persona la quale abbia un diritto in base a quanto prescrive una norma, dispone in genere del potere di mettere in moto il meccanismo della giustizia a suo vantaggio, qualora si verifichino determinate circostanze (ad esempio se il diritto sia stato violato, ecc.). Questo viene confuso con ciò che abbiamo veramente in mente quando parliamo di diritti. Invece si tratta di due realtà distinte: da un lato l'idea di diritto soggettivo, e dall'altro lato la situazione concreta all'interno della comunità, creata dalla regolare applicazione delle norme.

senti nella stessa persona, e vengono facilmente confusi soprattutto perché non abbiamo un'idea molto chiara di ciò che è realmente un diritto. A tale idea non corrisponde niente di materiale, di concreto: e perciò siamo propensi a ripiegare su qualcosa di natura tangibile, e la situazione favorevole di cui gode il detentore del diritto si presta molto facilmente allo scopo.

Il significato della nozione di diritto soggettivo.

La discussione precedente ha dimostrato l'impossibilità di individuare dei fatti che corrispondano all'idea di diritto soggettivo. Esso elude qualsiasi tentativo di afferrarlo e di inserirlo tra i fatti della vita sociale. Per quanto sia ad essi strettamente connesso — ad esempio nel momento in cui sorge e in quello in cui si estingue —, tuttavia rimane nella sua essenza completamente diverso dai fatti.

Ciò che in definitiva ha importanza in una controversia è il titolo legale, non il diritto. Noi concepiamo il diritto come un qualcosa che è creato dal titolo, che si interpone tra il titolo e la sentenza di cui costituisce la base immediata. È molto difficile descrivere l'idea precisa che ci si fa di questo *quid* intermedio. Ma è certo che esso esiste soltanto nella immaginazione. Nel mondo concreto dello spazio e del tempo il titolo non crea assolutamente nulla: esso è un fatto che, se viene suffragato dalle prove nel corso del processo, eserciterà un'influenza determinante sulla decisione del giudice, posto che questi agisca secondo quanto prescrive la legge. E questo è tutto.

L'essenza della nozione di diritto soggettivo è quella di *potere*. Il proprietario «può» fare ciò che vuole con l'oggetto del suo diritto; il creditore «può» reclamare una certa somma dal debitore: ecco due esempi del modo in cui siamo soliti parafrasare la nozione di diritto soggettivo quando cerchiamo di spiegare ciò che abbiamo in mente. Molto spesso,

è vero, diciamo che l'essenza del diritto di proprietà consiste nella «protezione» garantita dall'ordinamento giuridico. Ma questa spiegazione è errata, non esprime esattamente il nostro pensiero, dal momento che secondo la convinzione comune la protezione di cui sopra viene accordata a causa dell'esistenza del diritto. Il proprietario è protetto, in base all'opinione corrente, perché ha il diritto di proprietà e di conseguenza non si può identificare la cosiddetta protezione con il diritto. Il diritto viene concepito come qualcosa di antecedente. In definitiva noi cogliamo nel segno soltanto quando definiamo il diritto soggettivo come un potere.

Tale potere però non esiste nel mondo empirico. Si è visto infatti come esso non si identifichi con il possesso ed il controllo attuale della cosa, e neppure con la possibilità di mettere in moto il meccanismo giudiziario. È un potere *fittizio,* ideale: è un potere immaginario. È una semplice parola che non si riferisce a nulla di realmente esistente al di fuori dell'immaginazione degli uomini. Ma l'idea di possedere questo potere immaginario suscita in noi un vero e proprio *sentimento* di potere, vale a dire un sentimento di attività e di forza. E questo sentimento conferisce all'idea una parvenza di sostanza e concorre ad alimentare l'illusione che ci si trovi in presenza di un potere reale.

La maggior parte dei giuristi moderni tuttavia sono alquanto riluttanti ad ammettere che il diritto soggettivo sia un potere puramente immaginario, e cercano in tutti i modi di sfuggire a tale conclusione. Da un lato essi sono perfettamente consapevoli della impossibilità di identificare il diritto soggettivo con dei fatti sociali. Ciononostante d'altro lato si rifiutano di considerare i diritti soggettivi come semplici costruzioni dell'immaginazione umana. Anzi ritengono assurda una simile affermazione. Non è forse vero che i giudici discutono ogni giorno dei diritti delle parti in causa? Non è forse vero che i legislatori sono continuamente intenti ad emanare delle leggi che stabiliscono i nostri diritti? Come

si può dunque negare che i diritti siano delle realtà? E ancora, non è forse vero che l'ordine sociale si dissolverebbe immediatamente e il caos comincerebbe a regnare se si scoprisse che in realtà non esiste nessun diritto? Per tutte queste ragioni e molte altre dello stesso genere si ritiene che sia impossibile asserire che i diritti sono un puro prodotto della fantasia. Sembra indispensabile rivendicare la loro realtà. Ma in che modo? Il problema non è certo dei più semplici.

Talvolta i giuristi che tentano di affrontarlo in maniera scientifica proclamano che il «diritto soggettivo» non è che «una metafora che esprime una situazione giuridica» o qualcosa di simile. È evidente che essi implicitamente ammettono che i diritti non sono delle realtà. D'altro canto negano espressamente che nell'idea di diritto soggettivo sia presente una componente di superstizione, di modo che la razionalità della giurisprudenza è, almeno in apparenza, salva. I significato sottinteso di questa teoria è che in essa non si dà credito a nessuna concezione che non sia realistica. Usare una metafora anziché fare diretto riferimento a delle realtà complicate è soltanto una questione di brevità e di convenienza ([10]).

Ma è proprio vero che l'espressione «diritto soggettivo» viene usata metaforicamente, sia nel linguaggio ordinario sia in quello legale? Una metafora è una figura linguistica mediante la quale nel discorso si sostituisce una cosa con un'altra che le somiglia. È quindi pertinente a questo punto chiedersi: che cosa è messo al posto di che cosa?

Gli assertori della teoria in questione non hanno mai spiegato bene quale sia il significato esatto di questa metafora.

([10]) Il significato di questa teoria è che soltanto le norme costituiscono l'unica realtà del diritto, e che qualsiasi discorso sui diritti e sui doveri non è altro che, ad esempio secondo il FITTING, «*der verbindende Kurze Ausdruck für eine Anzahl nahe zusammenhängender und ineinandergreifender Rechtsvorschriften*», in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 13, 1889, p. 44.

Una spiegazione del genere implicherebbe un'analisi completa della nostra concezione del diritto soggettivo, un'esposizione precisa di ciò che veramente abbiamo in mente quando ne parliamo. In mancanza di tutto questo la teoria non serve a nulla, si riduce ad un vuoto insieme di parole: e tale è veramente, perché nessuna spiegazione viene offerta. Possiamo considerarla come un tentativo di eludere il difficile compito di analizzare i nostri pensieri, mascherando il tutto con parole vaghe.

Inoltre i fatti sostituiti in via di ipotesi dalla presunta metafora potrebbero essere soltanto quelli di cui si è parlato poc'anzi. In generale i giuristi che sostengono questa teoria quando parlano di fatti si riferiscono alle disposizioni normative. La metafora non sarebbe altro che un « modo di esprimere più rapidamente un insieme complicato di norme ». Ciò che abbiamo in mente quando parliamo del diritto di proprietà sarebbe tutto il vasto complesso di norme sulla compravendita, sulla successione, sul furto ecc., che per motivi di comodo e di brevità verrebbe sostituito dalla semplice espressione « diritto soggettivo ». È curioso tuttavia rilevare che anche la legge parla di « diritti »: ad esempio determina come si acquista il diritto di proprietà, come lo si trasferisce, quali sono le conseguenze in caso di violazione, ecc. Non ha senso sostenere che in questo caso l'espressione « diritto soggettivo » è un'abbreviazione che sostituisce il contenuto delle regole giuridiche: essa deve avere per forza un significato suo proprio, altrimenti non potrebbe essere usata come elemento della norma stessa. Nella pratica corrente i legislatori fanno uso della nozione di diritto soggettivo allo stesso modo in cui si servono di altre nozioni comunemente impiegate in una data comunità e aventi un significato generalmente accettato.

Bisogna ammettere, come si è fin qui sostenuto, che il diritto soggettivo così come noi lo concepiamo è un potere immaginario. Tuttavia tale nozione non è usata come una metafora. Noi la usiamo come se il diritto soggettivo fosse

una vera e propria realtà oggettiva, e diciamo che i diritti vengono acquistati, ceduti, difesi e così via. Affermazioni del tipo «i diritti esistono soltanto nell'immaginazione» sono destinate a suscitare la più grande indignazione. È perciò impossibile sostenere che la nozione di diritto soggettivo in pratica viene usata soltanto in sostituzione di certi fatti. Se io proclamo di fronte ad un'altra persona che questo oggetto è di mia proprietà, non intendo semplicemente dire che godo al momento presente del possesso indisturbato della cosa in questione. Se così fosse dovrei ammettere che il mio diritto verrebbe a cessare qualora il mio avversario si rivelasse abbastanza forte da riuscire a sottrarmela. Potrei voler dire che ho la possibilità di adire ad un tribunale e di ottenere una sentenza favorevole. Ma in tal caso il significato sottinteso della mia affermazione sarebbe che tutto ciò è una conseguenza del mio diritto, il quale esiste e continua ad esistere anche se per mancanza di prove o per qualsiasi altro motivo tale conseguenza non dovesse prodursi. Potrei anche riferirmi al fatto che dispongo di un titolo legale di proprietà della cosa. Ma di nuovo occorre ricordare che il titolo legale viene considerato come la base del diritto e non si identifica con esso.

Se accettiamo francamente il fatto che ciò che concepiamo come diritto soggettivo è un potere fittizio o ideale di controllare un oggetto o di reclamare un certo comportamento da parte di un'altra persona, allora la spiegazione diventa facile. Non si deve indietreggiare di fronte a questa soluzione. Allontanarsene significa rituffarsi nella giungla metafisica. Se al contrario siamo disposti ad accettare la verità che è emersa dalla nostra analisi critica, ecco che un campo fertile di ricerca si apre dinnanzi a noi. Il nostro compito sarà di situare l'*idea* di diritto e di dovere tra gli altri fatti della vita sociale, di studiarne le origini e la funzione nella società presente, di esaminare lo sfondo psicologico da cui è sorta, e inoltre il suo impiego tecnico nella legislazione, il suo

significato per le relazioni tra gli individui e tra gli Stati, e così via. Non sarà più necessario interrompere continuamente la ricerca della verità con divagazioni nel mondo immaginario della metafisica, e i risultati non saranno più oscurati dall'assunzione che i diritti siano, in qualche modo, delle realtà oggettive.

Scopi per i quali viene usata la nozione di diritto soggettivo.

Per arrivare a capire come mai la nozione di un potere fittizio possa essere ancora ai nostri giorni di uso corrente nella legislazione, nella giurisprudenza e nella mentalità degli uomini in generale, è sufficiente chiarire per quali scopi e in quali relazioni essa viene impiegata. Per prima cosa occorre naturalmente chiedersi in che modo si configura, quale aspetto assume nel complesso normativo.

Nelle norme la nozione di diritto soggettivo è usata come un mezzo per dirigere le azioni ed il comportamento degli uomini. Ho già insistito in precedenza sul fatto elementare che il diritto non ha lo scopo di descrivere la realtà, ma al contrario di influenzare il corso degli eventi. A tale fine non è affatto necessario che le nozioni usate corrispondano sempre a delle realtà oggettive. L'essenziale è che l'idea di un dato tipo di comportamento venga suscitata nelle menti delle persone in causa e che esse siano spinte a realizzarla. Questo si può ottenere facilmente mediante l'impiego di nozioni del genere di quella di diritto soggettivo. Determinate linee di condotta possono in effetti venire stabilite mediante proposizioni che asseriscono che una data persona ha certi diritti sotto determinate condizioni.

Ma come ciò è possibile, se è vero che la nozione di diritto soggettivo ha il significato che abbiamo descritto poc'anzi? Si è detto infatti che il preteso potere non esiste, che non si riesce assolutamente a cogliere nella realtà quel potere a cui la parola, secondo la convinzione comune, rimanda. Il preteso

potere di conseguenza non è altro che una parola vuota. A questo punto si potrebbero esprimere seri dubbi sulla possibilità di stabilire delle direttive di comportamento servendosi di vuote parole. La rappresentazione di una situazione e di una linea di condotta non può venire espressa con termini privi di un significato preciso. Di conseguenza la nostra analisi della nozione di diritto soggettivo può apparire sbagliata, dal momento che le norme vengono oggettivamente formulate con l'aiuto di tale nozione.

La risposta a tale obiezione è la seguente. Il potere indicato dalla espressione diritto soggettivo non esiste, è una parola vuota. Ma tale potere è pensato come potere di *fare* qualcosa, si riferisce alla rappresentazione di un'azione. Se tale rappresentazione riesce a raggiungere un grado sufficiente di chiarezza, ecco che una regola di condotta viene effettivamente stabilita mediante la proclamazione del diritto. La *direttiva di comportamento* è contenuta nell'idea dell'azione o delle azioni che il detentore del diritto è autorizzato a compiere. L'espressione «diritto soggettivo» d'altra parte funziona da *imperativo*. Il suo significato è il seguente: la persona in questione potrà fare questo e quello, la sua azione non dovrà venire ostacolata, gli altri non potranno compiere la stessa azione nei confronti del medesimo oggetto senza il suo consenso, alcune sue richieste relative a determinate cose devono venire soddisfatte e così via.

Le combinazioni possibili sono innumerevoli, e le linee di condotta sovente molto complicate anche se le norme che le esprimono possono a prima vista apparire semplici. Non è possibile discuterne a lungo in questa sede e ci limiteremo pertanto ad analizzare un paio di esempi per illustrare le nostre affermazioni.

Si prenda ad esempio il caso in cui una legge stabilisca che il proprietario di un terreno posto sulla riva di un lago ha il diritto esclusivo di pesca. Ciò significa che per tutte le persone diverse dal proprietario viene fissato uno schema di

comportamento consistente nella proibizione di pescare nel lago e di disturbare la pesca effettuata dal proprietario. Tale schema di comportamento è stabilito in modo imperativo dalla frase: il proprietario ha il *diritto* esclusivo di pesca. Questa norma è collegata con altre che determinano ciò che deve essere fatto nei casi in cui la prima regola viene infranta: vale a dire che il trasgressore sia punito e obbligato a pagare i danni.

Oppure prendiamo la legge che prescrive che il lavoratore ha il diritto di essere risarcito dall'imprenditore in caso di infortunio sul lavoro. Qui viene stabilito uno schema di comportamento per il datore di lavoro: quello di pagare una certa somma al suo dipendente nel caso in cui quest'ultimo abbia subìto un infortunio ed abbia richiesto il risarcimento. Anche questa norma è connessa ad altre che determinano le conseguenze derivanti dal mancato risarcimento.

Si è visto così come sia possibile fissare delle linee di condotta per mezzo di affermazioni sull'esistenza di diritti, nonostante che il potere di cui è costituito il diritto in realtà non esista.

Ma è necessario sottolineare un'altra funzione della nozione di diritto soggettivo: essa viene infatti usata per stimolare o per smorzare i sentimenti. In altre parole, in ogni genere di conflitti la convinzione di avere un diritto sull'oggetto della disputa serve a sostenere il coraggio di una delle parti e a diminuire la volontà di potenza dell'altra. Ciò si verifica in tutte le guerre. E lo stesso può dirsi della lotta di classe. La classe oppressa innalza a propria bandiera il *diritto* alla libertà, alla piena ricompensa del lavoro, ecc. La classe privilegiata per contro asserisce con eguale veemenza l'inviolabilità del diritto di proprietà, eventualmente i sacri diritti della monarchia alla quale si appoggia e simili. Affermazioni di questo genere esercitano un effetto considerevole sulla popolazione, e aiutano ciascuna delle parti in lotta a stare unita e ad aver fede. Inoltre, in quanto

vengono a conoscenza anche degli avversari, contribuiscono sovente a minare la fede nella loro causa, come ad esempio nel caso in cui alcuni membri della classe capitalista riconoscano nell'intimo della loro coscienza i diritti del proletariato all'eguaglianza.

Ora affinché la nozione di diritto soggettivo possa esplicare tale duplice funzione stimolante o moderatrice non è affatto necessario che ad essa corrisponda qualche cosa di reale. Il semplice grido «Hurrah!» può servire benissimo ad eccitare gli animi degli attaccanti. Ciò che occorre non è una descrizione del mondo reale, ma uno stimolo efficace per i sentimenti di attività e di coraggio, o, nel caso opposto, un mezzo che abbia il potere di deprimerli.

La nozione di potere immaginario così come si configura nell'ordinamento giuridico.

Dopo aver riconosciuto chiaramente la natura fittizia del potere chiamato «diritto soggettivo» è facile capire come si arrivi, sulla base della struttura dell'ordinamento giuridico, a ritenere che il titolo legale costituisca il diritto. Infatti se il diritto soggettivo fosse identificato con il potere concreto, non sarebbe possibile asserire con certezza che esso viene stabilito o sorge al verificarsi di un certo evento richiesto dalle norme. Si potrebbe soltanto dire che se le regole giuridiche sono applicate coscienziosamente dai giudici, se ecc. ecc., allora seguiranno determinate conseguenze. I vari «se» possono essere innumerevoli, inclusa la posizione economica del detentore del titolo, l'abilità del suo avvocato e così via. La situazione è completamente diversa quando il diritto venga concepito solo come potere fittizio. In tal caso niente può impedire agli uomini di credere che la legge sia in grado di determinare con infallibilità assoluta il momento della sua nascita, dato appunto che esso esiste soltanto nell'immaginazione.

Lo stesso vale naturalmente per il trasferimento, la modificazione e l'estinzione dei diritti.

In questo modo si può spiegare l'intero complesso del linguaggio giuridico. Esso si riferisce costantemente a dei poteri immaginari e ai loro corrispettivi, cioè a quei legami altrettanto immaginari chiamati « doveri ». Diritti e doveri sono, nella immaginazione, determinati in modo assoluto dalle norme, e vengono in essere non appena si verificano certi fatti previsti dalla legge. E per converso si estinguono in seguito ad altri fatti, egualmente previsti.

Il potere fittizio può venire facilmente attribuito anche agli infanti e ai pazzi: dal momento che non è un potere reale non contrasta per nulla col fatto che sia gli infanti sia i pazzi sono completamente incapaci di avere e di esercitare un qualsiasi potere. La giurisprudenza si è molto affannata nel tentativo di spiegare questo problema. Si credeva che fosse necessario riconciliare l'idea che bambini e pazzi detengono un potere con la loro effettiva incapacità concreta. In realtà si tratta di una difficoltà superflua: è perfettamente inutile sforzarsi di dimostrare scientificamente che anche un bambino può avere un potere immaginario!

I diritti vengono sovente attribuiti anche a delle entità fittizie, le cosiddette persone giuridiche. Si ritiene che una società, un comune ed altre organizzazioni abbiano una propria personalità giuridica. Ciò significa che « agli occhi della legge » esiste una persona separata, non identificabile con i suoi membri, alla quale sono imputabili i diritti e i doveri dell'organizzazione.

La ridda di teorie a cui si è abbandonata la giurisprudenza per spiegare l'essenza di queste « persone giuridiche » è stupefacente. Tali dottrine traggono la loro origine dalla convinzione che diritti e doveri abbiano una realtà oggettiva. Non appena ci si rende conto che essi non sono altro che poteri e vincoli immaginari, tutto questo scolasticismo può venire messo da parte. Se il potere o il vincolo sono

fittizi, possono, senza nessuna difficoltà, essere attribuiti non solo ad una persona reale ma anche ad una fittizia, e questo è precisamente ciò che è stato fatto dalla giurisprudenza.

Anche l'oggetto di un diritto può essere immaginario. Si prenda, ad esempio, il caso del brevetto. Non esiste nulla nel mondo reale che possa venire qualificato come l'oggetto del diritto di colui che ha ottenuto il brevetto. L'invenzione in sé stessa consiste nella dimostrazione che le leggi naturali possono essere utilizzate in un certo modo, ad esempio per costruire un apparecchio secondo un nuovo modello. Non avrebbe senso considerare come oggetto di un potere le leggi della *natura* o le *nozioni* acquisite sul loro modo di impiego. Né d'altra parte il potere può avere come oggetto la cosa costruita. Essa forma l'oggetto del diritto di proprietà, non del diritto di brevetto. L'oggetto del diritto di brevetto è costituito dalla serie di azioni necessarie per la costruzione (avente per scopo la vendita) di un certo numero di esemplari della cosa inventata. (I tecnicismi legali possono essere lasciati da parte). Tali azioni appartengono al futuro e sono immaginate proprio solo in quanto oggetto del diritto di brevetto. Il quale brevetto è in sostanza il potere immaginario di compiere in esclusiva le azioni di cui sopra. Se un'altra persona le compie senza la dovuta autorizzazione del detentore del brevetto, si ha la violazione del relativo diritto.

Parecchi lettori saranno senza dubbio inclini a ritenere assurda e persino ridicola la tesi secondo cui l'oggetto di un diritto di brevetto, che è talora fonte di enormi guadagni, esista soltanto nell'immaginazione. È opportuno tuttavia tenere le due cose separate. I guadagni sono indubbiamente una realtà per il detentore del brevetto e anzi una realtà molto piacevole. Ma non coincidono con il diritto, e tanto meno sono condizionati dal fatto che il diritto ed il suo oggetto siano o non siano a loro volta delle realtà. Essi dipendono dal regolare funzionamento della macchina della giustizia in accordo con quanto stabiliscono le norme sui brevetti. È vero

che si dice che è il diritto ad essere regolato da tali norme: ma non per questo esso diventa una realtà, così come non lo diviene il suo oggetto. Tutte queste nozioni sono usate dal linguaggio giuridico solo come mezzi per fissare degli schemi di comportamento per i giudici e altre persone. La cosa essenziale per il titolare del brevetto è che chiunque altro costruisca esemplari della cosa brevettata venga punito o sia costretto a pagare i danni.

In effetti si verifica molto di frequente che l'oggetto di un diritto sia qualcosa di puramente immaginario. Si prenda ad esempio il caso di un diritto di credito riguardante la somma di 100 sterline. L'oggetto di tale diritto o potere immaginario non è certo questa o quella banconota: è un atto, che viene immaginato, della persona chiamata debitore, atto consistente nel pagamento, in un tempo futuro, della somma di 100 sterline. Il diritto consiste nel potere immaginario di pretendere — con una efficacia che si presume assoluta — l'adempimento dell'immaginato atto di pagamento. Se poi nella vita reale il debitore non si comporta secondo lo schema previsto dalle norme, verrà colpito da certe spiacevoli conseguenze. E questo è il punto di grande importanza per il creditore, perché a lungo andare l'applicazione costante delle sanzioni fa sì che la maggior parte dei debiti venga pagata volontariamente. Nei singoli casi la macchina della legge è messa a disposizione del creditore per costringere il debitore a pagare. A questi effetti non ha nessuna importanza se il diritto ed il suo oggetto siano o no delle realtà. L'essenziale è il regolare funzionamento del meccanismo del diritto.

La nozione di diritto soggettivo nella tecnica giuridica con particolare riferimento alla natura delle sentenze nei giudizi civili.

Per approfondire ulteriormente la spiegazione della tecnica di impiego della nozione di diritto soggettivo possiamo

continuare ad esaminare la relazione tra debitore e creditore nel caso di un prestito. Quando viene stipulato un prestito la legge prescrive che il debitore ha il dovere di restituire ad una data stabilita il denaro ricevuto, e che il creditore ha il corrispondente diritto di pretendere il pagamento. Il significato immediato di queste disposizioni è il seguente: il debitore è vincolato da un legame invisibile, e il creditore dispone del potere immaginario di esigere l'esecuzione dell'immaginato atto di pagamento. Viene prescritto in forma imperativa che il diritto ed il dovere corrispondente debbano sorgere in conformità al contratto. Il che presuppone che le norme abbiano veramente il potere di creare diritti e doveri. Ora dal punto di vista della realtà effettuale questa affermazione è assurda. Vincoli e poteri immaginari non possono venire creati con nessun mezzo, nemmeno dal diritto. Ma è un errore valutare il diritto in termini di vero e di falso, perché la sua funzione non è quella di descrivere la realtà ma di influenzare il comportamento degli uomini. E a questo scopo la proclamazione del diritto o del dovere contenuta nella norma è perfettamente utilizzabile.

In primo luogo le norme impongono al debitore di tenere un certo comportamento in conseguenza del prestito. La condotta desiderata viene direttamente descritta e solennemente dichiarata come suo dovere, e si è visto che una dichiarazione del genere equivale all'uso di un'espressione imperativa. In tale modo si ottiene l'effetto di esercitare una certa pressione psicologica sul debitore.

Inoltre le espressioni imperative concernenti i diritti e i doveri del creditore e del debitore hanno lo scopo di servire da guida ai giudici in caso di controversia. A questo proposito però l'azione desiderata non è descritta direttamente. Il diritto civile ha di mira in modo immediato soltanto la condotta dei privati: ma ciò non impedisce che le norme siano anche una guida per il giudice. La connessione tra il diritto civile ed il comportamento del giudice è fornita dalla tecnica

giudiziaria e dal diritto processuale. Il giudice ha imparato ad interpretare una prescrizione del diritto civile in un dato modo, ad esempio nel senso che in determinate circostanze fissate dal diritto processuale egli deve emanare una sentenza che stabilisca il dovere del debitore di pagare la somma in questione.

Mentre il diritto processuale serve da guida al giudice per ciò che concerne la procedura da seguire, il diritto civile gli fornisce le linee direttive per la formulazione della sentenza. Per poter decidere ed emanare la sentenza egli deve copiare il diritto civile. In esso i diritti e i doveri sono fissati in modo generale: è compito del giudice determinarli con particolare riferimento alle parti in causa. La sentenza è perciò la *ripetizione* della norma generale, la quale viene adattata al caso individuale ([11]).

([11]) La dottrina corrente sulla natura della sentenza è esposta, ad esempio, da BORCHARD, in *Declaratory Judgements* (1934). L'autore sostiene che una sentenza è « una decisione conclusiva sulla esistenza o meno di una relazione giuridica... È la determinazione finale dei diritti delle parti mediante un atto che si distingue da tutti gli altri metodi procedurali pubblici per conferire efficacia ai diritti » (pp. 6 ss.). Numerose affermazioni di giuristi e di giudici aventi analogo significato vengono poi citate, con speciale riferimento a GAVIT, *The Code Cause of Action*, 30, *Col. L. Rev.* (1930), p. 807, ai fini di « una convincente esposizione del fatto che le corti né creano né impongono i diritti, ma accertano, mediante il loro giudizio, che i diritti esistevano già in precedenza, rendendoli così esecutivi ».

Talvolta si è sostenuto che le sentenze sono dei *comandi*. Così ad esempio Morris R. COHEN, in *Law and Social Order* (1933), 240: « Tali comandi sono rivolti di solito in primo luogo a certi pubblici ufficiali, al cancelliere, allo sceriffo ecc., e predispongono quello che essi devono fare ».

La teoria imperativa si avvicina alla verità più di qualsiasi altra perché tiene conto appunto dell'elemento imperativo presente nella sentenza. Ma è importante distinguere tra i comandi veri e propri e le espressioni imperative usate nelle sentenze, le quali appartengono invece alla specie degli « imperativi indipendenti ». Non è esatto dire che il giudice

Avvertiamo subito che un tale modo di concepire la natura della sentenza non è quello comunemente accettato dalla giurisprudenza. I giuristi in genere sostengono che le decisioni dei giudici si riferiscono a diritti e doveri realmente esistenti. Questa è la conseguenza inevitabile del sottinteso presupposto che diritti e doveri siano delle realtà oggettive. La proclamazione dei diritti e dei doveri delle parti contenuta nella sentenza viene interpretata alla stregua di un vero e proprio giudizio avente per oggetto l'esistenza di tali diritti e doveri. Dal momento però che essi sono delle entità immaginarie non vi è nulla a cui il preteso giudizio, da un punto di vista logico, possa riferirsi. Avrebbe per oggetto dei vincoli e dei poteri inesistenti, e rimarrebbe per così dire sospeso nell'aria. Per queste ed altre ragioni è assurdo attribuire al giudice la funzione di stabilire diritti e doveri intesi come qualcosa di oggettivamente esistente. La sua reale funzione non è quella di descrivere la realtà, ma di dirigere le azioni degli uomini. A questo proposito egli si trova in una situazione analoga a quella del legislatore ed usa perciò la medesima tecnica: vale a dire emette proposizioni imperative concernenti

---

rivolge un comando al funzionario incaricato del procedimento esecutivo. In realtà il giudice quando emette una sentenza in base alla quale si può procedere alla esecuzione, qualora si verifichino certe condizioni, stabilisce in forma imperativa un *dovere* per il convenuto.

Cohen continua: «Il ragionamento del professor Yntema secondo cui il giudizio delle corti «è un giudizio e non essenzialmente un comando», non mi sembra molto concludente. Infatti se il giudizio della corte ha come effetto di mettere in moto lo sceriffo che mi sottrarrà una parte dei miei beni, come è possibile sostenere, in nome di una scienza empirica del diritto, che non si tratta di un comando?» L'ovvia risposta è che gli uomini possono essere spinti all'azione anche con mezzi diversi dai comandi. Una indicazione stradale non è un comando per il guidatore. Ciò nonostante egli regolerà il suo comportamento in base a tale segnale, perché è stato abituato a comportarsi in un certo modo quando si imbatte in un determinato segno. Il rapporto esistente tra lo sceriffo e la corte è dello stesso tipo.

diritti e doveri. La sentenza può essere definita come una norma che regola un caso particolare, emanata sul modello di una norma generale ([12]).

Questa definizione deve però essere limitata al caso in cui la richiesta dell'attore abbia avuto un solido fondamento e abbia portato ad una sentenza favorevole. Solo in questa circostanza infatti la sentenza è la ripetizione di una norma generale del diritto civile. Quando invece la pretesa dell'attore è respinta, ad esempio perché mancano le prove riguardanti alcune circostanze determinanti, la sentenza viene emanata sulle basi del diritto processuale. In generale il diritto processuale prescrive che il giudice respinga la pretesa dell'attore — in via definitiva o semplicemente provvisoria — qualora non siano state soddisfatte tutte le condizioni concernenti la procedura, e tra le altre quella che stabilisce che i fatti rilevanti, il cui onere della prova grava sull'attore, devono essere prodotti in giudizio e dimostrati.

La procedura è, per così dire, una specie di filtro delle eventuali pretese. Il diritto civile viene applicato (cioè a dire ripetuto) solo nei casi in cui le pretese siano riuscite a passare attraverso il filtro.

Quando una pretesa viene respinta definitivamente dal tribunale competente l'intera questione può considerarsi conclusa. La sentenza sbarra per sempre all'attore qualsiasi possibilità di vedere la sua pretesa accolta da un altro tribunale.

([12]) La definizione si riferisce esclusivamente a quelle sentenze che contengono una reale *applicazione* delle norme, che sono cioè conformi al modello stabilito dalle norme. Vi sono naturalmente altre specie di sentenze le quali hanno in comune con le prime il fatto che sono anch'esse delle proposizioni imperative su diritti e doveri: ma ne differiscono in ciò che concerne il loro rapporto con le norme. Nel testo a cui questa nota si riferisce si sta cercando di spiegare il significato della applicazione delle norme concernenti diritti e doveri, e per questo motivo vengono prese in considerazione soltanto le sentenze che contengono una reale applicazione delle leggi.

Secondo il diritto procedurale tale sentenza costituirà sempre motivo di rigetto di ogni nuova richiesta avanzata sulle stesse basi (è il principio della *res iudicata*). Quando invece la sentenza è favorevole all'attore la macchina del diritto continua a muoversi, e il funzionario incaricato del procedimento esecutivo si sostituisce al giudice.

Anche durante questa seconda fase si affaccia il problema del significato pratico delle proposizioni imperative concernenti diritti e doveri. In quella legge in miniatura che è la sentenza, i concetti usati hanno la stessa identica funzione che svolgono quando vengono impiegati nella formulazione delle norme generali. La sentenza infatti è una proposizione imperativa concernente diritti e doveri immaginari, con la differenza che a questo livello i diritti e i doveri sono concreti e si riferiscono direttamente alle parti in causa. Ma il significato della sentenza non si ferma qui. Il suo scopo è di influenzare il comportamento, proprio come la norma: le persone interessate sono soprattutto il convenuto ed i funzionari incaricati del procedimento esecutivo.

Nei confronti del convenuto la sentenza contiene un rinnovato comando di pagare la somma stipulata, con aggiunte le spese giudiziarie. Questo nuovo imperativo è di grande importanza per le parti. Prima della sentenza infatti poteva sussistere qualche ragionevole dubbio riguardo all'interpretazione della legge, oppure riguardo ai fatti o alla possibilità di provarli. Dopo la sentenza invece qualsiasi dubbio viene accantonato. In circostanze normali la controversia in questione non sarà discussa una seconda volta. Corretta o non corretta che sia l'interpretazione data dai giudici, giusta o non giusta la valutazione dei fatti, la sentenza rimane immutata.

Tutto questo però non avrebbe molta importanza se al tempo stesso la sentenza non predisponesse l'uso della forza contro il convenuto al fine di ottenere il pagamento. Anche sotto questo aspetto la sentenza costituisce un'applicazione delle leggi generali al caso particolare. Se il debitore non

paga volontariamente, una parte dei suoi beni viene sequestrata e venduta, dietro richiesta del creditore al quale passa il ricavato. Il significato della sentenza è appunto quello di ordinare tale azione.

La sentenza non descrive direttamente gli atti che il funzionario incaricato del procedimento esecutivo deve compiere: ciò è regolato dalle norme sulla esecuzione. Essa si limita a specificare quanto denaro deve venire sottratto al patrimonio del debitore ([13]). Se si tratta di una sentenza che condanna al pagamento di 100 sterline, il significato che essa assume per il funzionario incaricato è che egli deve procedere secondo quanto stabiliscono le norme sull'esecuzione al fine di trasferire la somma di 100 sterline dal patrimonio del debitore a quello del creditore. La sua posizione nei confronti della sentenza è analoga a quella del giudice nei confronti del diritto civile. Egli deve, in base alla tecnica giuridica, interpretare la dichiarazione di diritti e di doveri contenuta nella sentenza come un imperativo che gli prescrive un certo comportamento. Le azioni ordinate però sono diverse:

([13]) Le cosiddette *sentenze dichiarative* contengono soltanto una dichiarazione dei diritti e dei doveri delle parti senza alcun « decreto coercitivo », cioè senza che venga ordinata l'esecuzione in caso di non adempimento. Non vi è tuttavia nessuna differenza essenziale tra le sentenze di questo tipo e quelle normali che decidono il caso in modo favorevole all'attore. Anche la sentenza dichiarativa contiene implicitamente una decisione sull'uso della forza e determina il comportamento dei funzionari esecutivi, qualora esso si renda necessario. Solo che in questo caso la forza è tenuta più celata che d'abitudine. Infatti per procedere all'esecuzione è necessario un ulteriore decreto. Tuttavia questo nuovo decreto si basa sulla sentenza dichiarativa. Per citare il prof. Borchard: « Nel caso in cui la parte perdente su cui gravano dei doveri si mostri recalcitrante, è molto semplice, in base al fatto che la sentenza dichiarativa è *res iudicata*, ottenere un decreto ausiliare su cui fondare un mandato esecutivo ». (BORCHARD, *Declaratory Judgement*, 1934, 12). In alcuni casi, ad esempio quando si tratta di una sentenza di divorzio, essa esercita un effetto particolare di carattere morale.

mentre al giudice spetta emanare una nuova norma, adattando le leggi generali al caso particolare, il compito del funzionario incaricato del procedimento esecutivo consiste nell'effettuare un trasferimento di proprietà.

In questo modo la tecnica giuridica e quella giudiziaria, che sono simili, possono venire spiegate facilmente. Le proposizioni concernenti diritti e doveri sono dal punto di vista formale proposizioni che mirano alla creazione di vincoli e poteri immaginari in un mondo ideale, il « mondo del diritto ». Esse esplicano tuttavia anche una importante funzione pratica in quanto fungono al tempo stesso da regole di comportamento per i privati, per i giudici e per i funzionari esecutivi.

L'essenza della tecnica consiste nell'interpolare nell'immaginazione i diritti e i doveri tra i fatti rilevanti (ad esempio la concessione di un prestito) e il comportamento del giudice. L'intenzione del legislatore è che una certa azione del giudice, ad esempio una certa sentenza, segua a determinati fatti (cioè si verifichi qualora sia stata intentata un'azione basata su titoli idonei). Ma la legge non si esprime in questo senso in maniera diretta. Essa proclama invece che i fatti danno origine a dei diritti e a dei doveri: e di conseguenza si finisce col ritenere che il compito del giudice consista nel decidere se tali diritti esistono nella fattispecie concreta. Ciò che il giudice fa in realtà nel caso in cui ritenga valida la pretesa dell'attore, è di ripetere le disposizioni rilevanti del diritto civile, fissando così uno schema di comportamento per il convenuto e provocando l'intervento dei funzionari esecutivi.

L'interpolazione dei diritti e dei doveri offre un certo vantaggio per la tecnica giuridica, soprattutto perché il diritto prevede parecchi fatti che hanno come conseguenza la stessa azione da parte del giudice, e tale azione può venire così indicata con la medesima espressione benché si riferisca a fatti diversi. Ad esempio la richiesta del pagamento di 100 sterline può essere basata su di un prestito, una vendita, un

danno subìto o altro ancora. L'azione del giudice tuttavia sarà sempre la stessa e verrà indicata nello stesso modo: per mezzo cioè dell'idea di un diritto e di un dovere corrispondente concepiti come prodotti dai fatti verificatisi.

La medesima cosa può venire riscontrata nelle norme riguardanti la proprietà. Secondo la legge il diritto di proprietà, ovvero un potere immaginario nei confronti di un bene, può essere acquisito in molti modi, ad esempio attraverso una vendita, un legato, una donazione, ecc. Dal diritto di proprietà derivano numerose conseguenze giuridiche, in quanto parecchie norme si riconnettono con l'idea che qualcuno è il proprietario di una certa cosa. Tutte le norme sulle sanzioni relative al furto, sulla compravendita, sull'ipoteca, ecc. si riferiscono a tale situazione. In ciascun caso l'azione del giudice, così come è intesa dai legislatori, presuppone l'esistenza di un insieme di fatti tra i quali figurano quelli che costituiscono il « titolo legale », vale a dire che danno origine al diritto di proprietà.

È facile immaginare le complicazioni che si verificherebbero se venisse eliminato il concetto giuridico di proprietà: le norme sul furto, sulla compravendita ecc. dovrebbero fare diretto riferimento ai fatti che costituiscono i vari titoli legali. Lo stesso fatto figurerebbe in un gran numero di norme, e ciò renderebbe l'intero sistema estremamente farraginoso. Dal punto di vista teorico è senza dubbio possibile costruire le leggi con questo metodo, ma in pratica sarebbe poco consigliabile. Mediante la interpolazione della nozione di proprietà si ottiene invece una enorme semplificazione. Anziché fare riferimento in modo diretto ai molti fatti che presentano lo stesso significato in relazione alla punizione del furto o di altri crimini, la legge penale si riferisce soltanto al diritto di proprietà. Ma questa nozione a sua volta rimanda ai fatti: è usata, per così dire, da anello di congiunzione, o come se fosse una specie di centralino telefonico tra i fatti e l'azione del giudice.

Le nozioni immaginarie nel diritto e nella magia.

Per quanto utili possano essere per la tecnica giuridica le nozioni immaginarie di diritti e di doveri, sarebbe tuttavia un errore supporre che siano state costruite appositamente per questo scopo. Al contrario esse sono una eredità del lontano passato ed hanno subìto un'evoluzione molto lenta. Ogni generazione nuova le ha accolte come parte del bagaglio comune di nozioni indispensabili, senza metterne mai in dubbio la validità scientifica.

Non intendo avanzare una spiegazione circa la loro origine: mi limiterò a riferirmi a quanto ha sostenuto il prof. Hägerström, e cioè che esse vanno ricollegate alla magia. Nella sua insigne opera sul concetto di obbligazione nel diritto romano egli ha dimostrato che la *obligatio* era un vincolo mistico, un *iuris vinculum* da cui il debitore poteva liberarsi pagando una certa somma. Il vincolo consisteva in un potere sovrannaturale che il creditore esercitava sul debitore e che nasceva da atti o da parole aventi significato magico. Se il debitore non si liberava con il pagamento, il potere del creditore poteva essere trasformato, con la debita procedura, in un potere reale sulla persona del debitore. Analogamente il diritto di proprietà era un potere sovrannaturale su di una cosa. Le antiche transazioni formali, come la *mancipatio* e la *stipulatio*, sono palesemente di natura magica e servivano a creare o a trasferire poteri sovrannaturali. La giurisprudenza, appannaggio della casta sacerdotale, consisteva soprattutto in una scienza che si occupava di tali poteri.

La magia era naturalmente molto più pronunciata nei sistemi giuridici delle epoche più remote: poco alla volta l'importanza attribuita al formalismo andò declinando, e la concezione originale cominciò in parte ad offuscarsi. In seguito all'influenza della filosofia greca fece la sua comparsa il fattore etico, che era invece completamente sconosciuto alla giurisprudenza antecedente. Tuttavia la sua efficacia fu soltanto

superficiale. Fondamentalmente la giurisprudenza classica dei primi secoli avanti Cristo mantenne le vecchie concezioni e i vecchi metodi. A mio avviso i moderni interpreti del diritto romano si sono lasciati eccessivamente influenzare dalle numerose espressioni che definivano il diritto come «*ars boni et aequi*» e simili ([14]).

Hägerström porta una schiacciante documentazione a sostegno della sua tesi interpretativa del diritto romano. E a mio giudizio la stessa spiegazione vale anche per tutto il diritto primitivo nel suo complesso. Le concezioni magiche differiscono molto tra di loro secondo le diverse epoche e i diversi popoli: ma con ogni probabilità il modo di pensare magico è una caratteristica comune a tutti i diritti primitivi.

Con ciò non intendo certo avanzare l'ipotesi che il timore delle sanzioni sovrannaturali fosse l'unico o il più importante motivo di obbedienza alle leggi. Il professor Malinowski ha ampiamente dimostrato nel suo lavoro *Delitto e costume nelle società primitive* (1926) che ciò non si verifica tra i Trobriandi. Probabilmente la situazione è analoga per tutto il diritto primitivo. In questo genere di ricerche è indispensabile evitare l'eccessiva semplificazione. Tanto nelle società primitive quanto in quelle moderne le forze che sorreggono il diritto sono numerose e molto complicate. Io voglio soltanto suggerire che le nozioni giuridiche fondamentali, come ad esempio il diritto di proprietà, rivestono un carattere magico. Questo è stato provato, che io sappia, soltanto nei confronti del diritto romano: tuttavia le conoscenze di cui disponiamo sul diritto primitivo in genere sembrano puntare nella medesima direzione.

([14]) Un breve contributo alla conoscenza del carattere magico delle nozioni sulla proprietà nel diritto romano è offerto dal mio saggio *The Acquisition of Possession in Roman Law*, (Lunds Universitets Arsskrift 1938, Lund & Leipzig, 1938).

Sarebbe un errore identificare le concezioni moderne con quelle delle società primitive. È ovvio che vi sono delle enormi differenze. L'acquisto di un pacchetto di sigarette ai giorni nostri non è certo circondato dalle stesse credenze che accompagnavano il cerimoniale della *mancipatio* di uno schiavo nell'antica Roma. Però l'affinità è probabilmente più grande di quanto abitualmente non si immagini. La catena dello sviluppo non è mai stata interrotta da un taglio netto. Non possiamo dire: qui finisce la magia ed ha inizio il pensiero razionale. Il pensiero moderno nel campo giuridico è ben lungi dall'essere interamente razionale. Tanto è vero che noi continuiamo ancora ad usare le nozioni di diritti, doveri e simili senza essere consapevoli del fatto che si tratta di concetti immaginari.

Forse andremmo più vicini alla verità dicendo che abbiamo conservato nella sfera giuridica la struttura esterna della magia, mentre la fede specifica nelle forze sovrannaturali è andata perduta. Parliamo di diritti e di doveri che nascono dai contratti o da altri atti idonei, e quindi ci riferiamo alla creazione di poteri e di vincoli immaginari: ma in realtà non crediamo più, almeno per quanto mi risulta, che si verifichi veramente qualcosa di sovrannaturale. Occorre tuttavia ricordare che il pensiero moderno non è certo privo di inconsistenze. Si devono constatare molte varianti. La incoronazione del Re di Inghilterra presenta elementi di magia pura e semplice, e in un certo qual modo la gente ci crede, sia pure a malincuore e con scarsa convinzione. D'altra parte a chi mai verrebbe in mente di parlare di magia quando due banche stipulano una serie di contratti? Tra questi due estremi trovano posto numerose sfumature intermedie. Ma sarebbe necessario uno studio speciale per approfondire questo argomento. Ai fini del presente lavoro è sufficiente mettere in rilievo che noi di fatto facciamo uso di nozioni immaginarie nel campo giuridico, e tentare di dare una spiegazione circa il modo in cui avviene tale uso.

Perché la natura immaginaria del diritto viene trascurata.

Ci si può chiedere tuttavia come sia possibile che noi facciamo continuamente uso e in così larga misura di nozioni immaginarie, senza renderci per nulla conto del fatto che esse sono, appunto, immaginarie. La spiegazione non è difficile. In primo luogo va sottolineata l'importanza delle abitudini mentali che ci sono state trasmesse di generazione in generazione fin dai tempi più remoti: è risaputo che tali abitudini possono penetrare ad un grado molto elevato di profondità della psiche. Basta pensare a quello che si verifica nella sfera religiosa. Il loro potere di indebolire e talvolta di annullare completamente le facoltà critiche è stupefacente. Senza contare che, per ciò che riguarda il diritto, queste abitudini mentali sono notevolmente rafforzate dal fatto di essere incorporate nella tecnica giuridica. Non è possibile trattare delle più semplici questioni giuridiche senza usare le nozioni di diritto e di dovere, e non c'è quindi da meravigliarsi se si finisce acriticamente con il ritenerle delle realtà oggettivamente esistenti, anche se nessuno è in grado di coglierle.

In secondo luogo, l'interesse si focalizza sulle conseguenze pratiche che si presume debbano derivare dal diritto, anziché sul diritto in se stesso. Nella vita pratica nessuno si preoccupa di chiedersi se le nozioni giuridiche corrispondano o no a delle realtà. Ciò che importa è la sicurezza di cui gode il detentore di un diritto e la sua capacità di mettere in moto il meccanismo giudiziario. Questi vantaggi vengono grandemente apprezzati in quanto formano la base del benessere individuale, del potere e della ricchezza. I vantaggi derivati dai diritti sono tuttavia qualcosa di diverso dai diritti stessi. Ma poiché si ritiene erroneamente che essi dipendano dai diritti, questi ultimi finiscono inevitabilmente con l'assumere un'enorme importanza.

Non si fa nessuna distinzione tra ideologia e realtà oggettiva. Si crede fermamente che le situazioni concrete siano

connesse con l'esistenza dei diritti, e non si pensa neppure lontanamente alla eventualità che i diritti esistano soltanto nell'immaginazione. L'esistenza stessa della macchina della legge sembra impensabile senza i diritti. Né ci si è mai resi conto che si potrebbe benissimo mantenere in funzione una organizzazione sociale con le stesse identiche garanzie di sicurezza anche se nessuno avesse la più pallida idea di quei poteri immaginari che sono i diritti ([15]).

La confusione tra ideologia e realtà sociale è tanto più facile in quanto il diritto soggettivo immaginario va generalmente congiunto con un certo grado di sicurezza e con la capacità effettiva di mettere in moto il meccanismo della giustizia in caso di violazione. La persona a cui la legge attribuisce un diritto, gode nel complesso, a tale rispetto, di una posizione di favore a paragone con gli altri soggetti. Di conseguenza tali vantaggi sembrano derivare direttamente dal diritto stesso.

Questa apparente implicazione di fatti concreti contribuisce a rafforzare ancora di più le già radicate convinzioni sulla natura reale dei diritti. Ma la verità è che i fatti sono travisati. La situazione vantaggiosa del detentore di un diritto (situa-

---

([15]) L'incapacità dei giuristi di concepire una legge in cui non si parli di diritti e di doveri è illustrata molto bene da una osservazione del Prof. Allen. Parlando delle teorie del Duguit e del Lundstedt, il Prof. Allen dice: «Io mi propongo nel corso di questa lezione di esaminare due teorie, una delle quali sostiene che il diritto consiste esclusivamente di doveri, e l'altra che non consiste né di diritti né di doveri... E a questo punto mi fermo, perché non è per nulla facile capire in che cosa consista, dopo che i diritti e i doveri sono stati eliminati» (C. K. ALLEN, *Legal Duties*, 1931, 157). Si veda anche POLLOCK, *First Book of Jurisprudence*, 1929, 1111: «Il diritto concerne necessariamente i doveri e i diritti delle persone... Le persone vengono a trovarsi, a causa di azioni e di eventi, in relazione con cose o altre persone: vale a dire in relazioni capaci di far nascere doveri, diritti, e pretese; *in effetti la scienza del diritto non si occupa d'altro*» (il corsivo è mio).

zione che in alcuni casi egli condivide con altre persone che non hanno nessun diritto secondo la legge), non è affatto una conseguenza del diritto, poiché questo, essendo immaginario, non può produrre nessun effetto nel mondo reale. I vantaggi in questione dipendono soprattutto dal regolare funzionamento del meccanismo giuridico. È il meccanismo della legge che garantisce la sicurezza e fornisce l'opportunità di poter disporre della forza per la difesa dei propri interessi. La nozione di diritto soggettivo in quanto fatto psicologico è senza dubbio di grande importanza congiuntamente al meccanismo della legge, perché contribuisce a mantenerlo in efficienza e a far procedere senza scosse la vita sociale. Ma ovviamente si tratta di una cosa ben diversa dall'assunzione che i diritti soggettivi in se stessi sono la causa o la base dei vantaggi concreti.

Le nozioni di diritto e di dovere vengono usate anche in mancanza di qualsiasi connessione con il meccanismo giuridico. Questo avviene ad esempio nelle relazioni internazionali. Le nazioni rivendicano l'una contro l'altra i loro sacri ed inviolabili diritti alla autodeterminazione, all'eguaglianza, al risarcimento dei danni subiti, ecc. Ma questi diritti non possono essere associati ad un apparato giuridico perché in campo internazionale non esiste nulla del genere. Sovente anche all'interno dello Stato viene proclamata l'esistenza di sacri diritti che non sono garantiti dalla legge, anzi che alle volte sono addirittura in contrasto con le norme in vigore, come ad esempio accade nella lotta di classe.

Nel linguaggio giuridico i diritti di questo tipo vengono in genere denominati «diritto naturale» e sovente si discute se essi siano dei veri e propri diritti o non piuttosto mere espressioni di desideri e di interessi. Ma non è questo il modo corretto di interpretare la differenza tra diritti naturali e diritti positivi, in quanto non tiene conto del fatto che anche i cosiddetti diritti positivi non sono delle realtà. Sia i diritti naturali che quelli positivi sono immaginari, e la differenza

consiste soltanto nella sicurezza e nel potere effettivo che la macchina della legge garantisce ai «diritti positivi». La costante concomitanza dei vantaggi concreti e dei cosiddetti diritti positivi induce anche la scienza del diritto a considerare questi ultimi come delle realtà, e a ritenere irreali soltanto quelli naturali.

Nell'opinione popolare sono reali tanto i diritti naturali quanto i diritti positivi. Ciò si spiega in base alla forza di suggestione delle abitudini mentali acquisite. Inoltre entra in gioco anche il significato emozionale delle nozioni. La convinzione di essere sorretti da un potere di specie superiore infonde un senso di forza, e si crede fermamente che tale potere finirà con il trasformarsi presto o tardi in un potere concreto. Nella nozione di diritto soggettivo è profondamente implicata l'idea della inevitabilità della sua realizzazione. Pertanto un uomo che combatta con la convinzione di difendere un diritto, non si sentirà solo, non avrà l'impressione di doversi basare soltanto sulle proprie forze. Un'altra forza è impegnata nella lotta, una forza che porterà sicuramente alla vittoria. In ogni guerra, in ogni rivolta contro l'oppressione questo atteggiamento mentale riveste la più grande importanza. Coloro che credono in una causa sono stimolati dal sentimento di forza e dalla fede nella certezza del successo, mentre gli avversari subiscono un'influenza psicologica negativa che a volte può risultare molto efficace.

Quando la nozione di diritto è usata come arma in una lotta, non è ammessa la minima critica sulla sua legittimità, perché questo significherebbe indebolire la forza della causa. Sarebbe come se un generale incoraggiasse i suoi soldati a smantellare i cannoni. Certamente gli avversari si accaniranno nella critica: ma i loro attacchi non sono diretti contro l'idea di diritto soggettivo in quanto tale. Essi si limiteranno a sostenere che soltanto il loro diritto è quello vero. Per uno spettatore neutrale che desideri semplicemente sapere come

stanno realmente le cose non vi è posto, né da una parte né dall'altra.

Per finire, è importante mettere in rilievo la strettissima relazione esistente tra l'idea di diritto in senso soggettivo e la parola che la esprime. Una figura geometrica, come un triangolo o un quadrato, può venire descritta in maniera adeguata anche senza usare i termini « triangolo » e « quadrato ». Se la descrizione è accurata il significato sarà esattamente il medesimo. Questo invece è impossibile per concetti del tipo « diritto » in senso soggettivo. Qui il termine comunemente usato per esprimere il concetto è essenziale. Noi crediamo che esso corrisponda ad una realtà oggettiva, per quanto come si è visto tale credenza sia una illusione. Ciò che abbiamo in mente è soprattutto la locuzione « diritto soggettivo »: della realtà immaginata non riusciamo neppure a farci una idea chiara, e perciò la nostra rappresentazione si altera quando si cerca di togliere tale espressione e di sostituirla con altri termini.

Dal modo in cui l'espressione « diritto soggettivo » è usata, appare chiaro che essa sta ad indicare un potere. Avere un diritto è l'equivalente di essere in grado di fare o di pretendere qualcosa. Ma tale potere è inafferrabile, e la sua natura non può essere descritta in modo adeguato se non per mezzo della parola « diritto ». Quando si usano altri termini una parte del suo significato va perduta. Insomma non riusciamo più a riconoscere un diritto quando viene chiamato in un altro modo. Per tale motivo l'espressione acquista una importanza particolare: essa viene identificata con il suo ipotetico oggetto, quando addirittura non si sostituisce completamente ad esso.

La situazione psicologica descritta contribuisce a prevenire qualsiasi riflessione critica. Dal momento che l'idea di diritto in senso soggettivo è tanto strettamente unita alla locuzione, è necessario uno sforzo notevole per isolarla e per esaminarla da un punto di vista critico. Tale operazione di

isolamento è indispensabile se si vuole rendersi conto del suo significato reale. Tuttavia non viene quasi mai effettuata, proprio perché un diritto non è riconosciuto come tale se viene indicato con altre parole. Per lo stesso motivo sovente si respingono i vari tentativi di spiegazione critica, qualificandoli come poco convincenti. Se si definisce il preteso diritto come un potere ideale o sovrannaturale, tale definizione viene considerata erronea e si continua a sostenere che il significato del termine è qualcosa di diverso. Anche una chiara esposizione dei fatti risulta spesso insufficiente per superare la difficoltà psicologica inerente alla separazione dell'idea dalle parole.

IV.

IL DIRITTO E LA FORZA

Passiamo ora al problema del rapporto tra il diritto e la forza. Il lettore avrà già riflettuto sul fatto che se la forza vincolante del diritto non può venire spiegata nel modo tradizionale, se essa consiste soltanto nell'effetto psicologico esercitato da un complesso di imperativi indipendenti, se infine diritti e doveri non hanno una esistenza reale, allora ciò che chiamiamo diritto non può essere altro che forza organizzata. In effetti è veramente così: non è possibile sfuggire a questa conclusione se si vuole rimanere aderenti alla realtà.

Sarebbe tuttavia un errore accontentarsi di una simile affermazione generica. Frasi del genere ricorrono di tanto in tanto nella letteratura giuridica e sociologica, ma non hanno molto valore se non vengono ulteriormente approfondite e spiegate. Ciò che mi propongo di fare è appunto un tentativo in questa direzione, per quanto ritenga che sia possibile tracciare soltanto delle linee generali ed in modo alquanto frammentario.

Per cominciare, è opportuno richiamare l'attenzione sull'impiego attuale della forza all'interno dell'organizzazione statale.

L'uso attuale della forza all'interno dell'organizzazione statale.

In ogni comunità l'applicazione della forza avviene per opera di pubblici funzionari e si esplica principalmente attraverso le tre forme seguenti: misure di polizia contro eventuali disordini, applicazione delle sanzioni, ed esecuzione coattiva delle sentenze in materia civile. In ciascuno di questi casi si verifica il ricorso alla violenza fisica ed alla coercizione, sia pure come mezzo estremo. La forza viene impiegata non solo per sedare i tumulti pericolosi e per mantenere la pace e la tranquillità sociale, ma è anche uno strumento necessario per la

regolare applicazione del diritto; in sede penale essa assume la forma della pena di morte e della reclusione, mentre in sede civile l'impiego della violenza fisica contro le persone rappresenta un'eccezione e si verifica soltanto in alcuni casi particolari, come ad esempio quando l'occupante venga privato del possesso con la forza e nel caso dell'imprigionamento per debiti. Tuttavia non bisogna dimenticare che la forza fisica sta alla base di qualsiasi procedimento esecutivo. I beni del debitore gli vengono sottratti mediante la coercizione se egli non li consegna spontaneamente per estinguere il suo debito. Persino nell'àmbito del diritto amministrativo si può avere, se necessario, il ricorso alla forza. In tutto il dominio del diritto le disposizioni legislative vengono, in ultima analisi, applicate per mezzo della forza fisica e della violenza.

Occorre tuttavia notare che la violenza viene tenuta il più possibile nell'ombra. Quanto più è nascosta, tanto meglio la macchina della giustizia riesce a funzionare, dolcemente e senza scosse. Molti Stati moderni sono riusciti ad ottenere a questo proposito dei risultati che hanno del prodigioso, se si tien conto della natura degli uomini. In condizioni normali l'uso manifesto della violenza nel senso vero e proprio della parola è così ridotto da passare quasi inosservato.

Un simile stato di cose tende a creare la convinzione che il diritto rifugga dalla violenza, o quantomeno che quest'ultima abbia un'efficacia secondaria. Ma si tratta di una illusione fatale. Una delle condizioni essenziali per ridurre l'impiego della violenza a tali limitate proporzioni è proprio la possibilità da parte dei pubblici poteri di disporre di una forza organizzata molto superiore a quella degli eventuali oppositori e trasgressori delle leggi. Ed è precisamente questo che si verifica negli Stati moderni. Coloro che vanno contro le leggi sono già consapevoli in partenza della inutilità di qualsiasi resistenza nei confronti delle forze dell'ordine. È vero che il numero degli uomini che hanno il compito di applicare la forza è relativamente esiguo: ma essi fanno parte di una vasta

organizzazione e inoltre in ciascun caso particolare si trovano a fronteggiare pochi individui. Se il pericolo proviene da un gruppo numeroso di elementi sovversivi entreranno allora in gioco le forze militari, il cui ruolo è analogo a quello della totalità della flotta che viene raramente usata al completo in combattimento aperto, ma che tuttavia domina i mari.

Nelle pagine che seguono userò il termine «forza» per indicare sia la violenza fisica vera e propria, sia l'influenza esercitata da quella concentrazione potenziale di forza organizzata che può, in caso di necessità, tramutarsi in effettiva violenza fisica. Il problema che intendo affrontare è la individuazione del ruolo esplicato dalla forza intesa in questo duplice senso all'interno del diritto.

La contrapposizione diritto-forza.

Secondo una antica e ben nota tradizione il diritto e la forza vengono considerati come due opposti: la forza in quanto tale viene contrapposta al diritto. Ma se si tiene conto dell'impiego estensivo che viene fatto della forza, sotto il nome di diritto, da parte dell'organizzazione statale, tale contrapposizione appare illusoria e non rispondente alla realtà. L'applicazione del diritto nella vita concreta implica sempre un certo grado di forza, sia pure di una specie particolare: quella che viene usata contro i criminali, i debitori ed altri ancora secondo le direttive impartite dal legislatore, è infatti una forza regolata ed organizzata. Ma nella sostanza non è possibile distinguerla dalla forza in genere. Il ladro e l'assassino usano la forza per commettere i loro delitti: ma non si può negare che la stessa forza viene diretta contro di loro al momento della punizione.

Il falso contrasto tra diritto e forza deriva da una concezione metafisica del diritto, dal diritto inteso come un potere sovrannaturale, come un potere vincolante che crea ed im-

pone dei doveri. Questo potere vincolante superiore viene opposto alla forza, cioè al potere concreto.

Non appena ci si rende conto che il diritto non è altro che un insieme di fatti sociali, l'intera distinzione svanisce nell'aria. Il diritto include la forza, o meglio, in ogni Stato esiste un'organizzazione poderosa della forza che lavora secondo quelle regole che sono chiamate diritto. Per mezzo di tale organizzazione altre forme di forza vengono tenute a freno. La forza organizzata appare in una luce molto diversa da quella illegale: essa è sostenuta dall'opinione pubblica e circondata da un tradizionale senso di rispetto, perché è un elemento necessario per il nostro benessere e la nostra stessa esistenza. Ma è evidente che tutte queste considerazioni non alterano la sua natura oggettiva.

Vi è invece una tendenza generale, più o meno inconscia, a far sì che la forza organizzata del diritto appaia come qualcosa di diverso dalla pura forza. Il suo carattere reale viene in gran parte mascherato per mezzo di idee e di espressioni metafisiche. Ad esempio non si proclama esplicitamente che la funzione dei giudici consiste nel determinare l'applicazione della forza nei casi concreti, ma la si descrive come « amministrazione della giustizia », o come attività rivolta ad accertare l'esistenza di « diritti » e di « doveri ». In realtà si tratta della stessa cosa. Le decisioni dei giudici in merito all'esistenza dei diritti e dei doveri non sono altro che proposizioni imperative mediante le quali si impartiscono istruzioni sull'uso della forza ai pubblici funzionari. Questo stato di cose viene oscurato e relegato in secondo piano dal fatto che la sentenza è intesa come un vero e proprio giudizio sull'esistenza oggettiva di diritti e di doveri.

In uno studio scientifico del diritto è necessario distinguere accuratamente tra i diversi elementi della situazione reale. Da un lato abbiamo la forza organizzata e tutte le varie formalità riguardanti la sua applicazione; dall'altro lato le reazioni psicologiche prodotte negli uomini da questo uso della forza, non-

ché le idee tradizionali sulla sua natura. L'errore che si deve evitare per non cadere in una grave confusione tra ideologia e realtà oggettiva, è di accettare l'opinione tradizionale come rappresentazione adeguata dei fatti.

È il diritto « garantito » dalla forza?

La concezione metafisica del diritto è assunta come presupposto anche nel caso in cui si affermi che esso è « garantito » dalla forza. Infatti quale potrebbe essere il significato della parola diritto usata in tale contesto, se non quello di diritto in senso metafisico, che includa cioè un potere ideale e sovrannaturale? Non sarebbe possibile sostenere che sono gli imperativi indipendenti in quanto tali ad essere garantiti dalla forza, che sono queste espressioni e le rappresentazioni di situazioni e azioni immaginarie da esse provocate ad essere protette, ad esempio, dalle misure di sicurezza adottate dalla polizia.

Da un punto di vista realistico è evidente che ciò che viene garantito dalla forza organizzata è un certo stato di fatto esistente nella società: tranquillità e pace in genere, una certa distribuzione della terra e della proprietà, e così via. Tale situazione è la conseguenza dell'uso continuo della forza entro gli schemi stabiliti dal diritto, e non potrebbe venire conservata senza di esso. In questo senso è vero che è garantita dalla forza. Ma si tratta di una situazione, di uno stato di fatto, non del diritto: il diritto è qualcosa di diverso, è un insieme di norme che stabiliscono, secondo l'opinione tradizionale, come *deve* essere la situazione di fatto. Questo insieme di norme appare come provvisto di un potere vago ed indefinito, che risiede nella loro altrettanto misteriosa forza vincolante, e che è in definitiva il potere di creare diritti e doveri. Dire che il diritto è garantito dalla forza, in realtà significa dire che è questo potere che viene sorretto dall'impiego della forza.

È la stessa concezione che si manifesta nel modo di dire corrente che i *diritti* sono *protetti* dalla forza. L'espressione « diritto » non si riferisce alla posizione di favore di cui gode d'abitudine il titolare del diritto stesso, ma anche qui come sempre ad un potere immaginario, e si ritiene, sia pure in modo alquanto nebuloso, che esso venga protetto per mezzo delle sanzioni. Poiché il potere in questione esiste soltanto nell'immaginazione, non può in alcun modo venire protetto nel mondo reale. Ciò che si verifica è che si viene a creare una situazione di favore a vantaggio del titolare del diritto, come conseguenza dell'applicazione regolare della forza secondo le leggi. In altri termini il funzionamento della macchina della giustizia porta, nella maggioranza dei casi, ad una modificazione della realtà oggettiva in corrispondenza del potere immaginario. Ma questa è una cosa molto diversa dalla protezione effettiva di un potere inesistente. In conclusione, dire che la forza protegge dei diritti realmente esistenti equivale a dare una rappresentazione deformata della funzione e del ruolo della forza stessa.

La distinzione tra norme primarie e norme secondarie.

In base all'idea che il diritto sia garantito dalla forza, si suole distinguere sia nel diritto penale che in quello civile tra due specie di norme, poste a livelli differenti: norme primarie o sostanziali, e norme secondarie. Le norme primarie sono quelle che stabiliscono i diritti e i doveri dei cittadini, dichiarando ad esempio che il compratore *acquista* il diritto di proprietà sulla cosa oggetto del negozio, o che il delitto e il furto sono proibiti. Le norme secondarie invece sono quelle che determinano le sanzioni che devono essere applicate in caso di violazione delle norme primarie. Esse sono rivolte al giudice e ad altri pubblici ufficiali, e impongono al primo di decidere in merito alla sanzione, ed ai secondi di eseguirla.

Tale distinzione corrisponde in una certa misura alla formulazione delle norme di diritto civile. Esse si configurano di solito come norme che stabiliscono diritti e doveri per i privati. Tuttavia quelle secondarie corrispondenti non vengono quasi mai formulate esplicitamente. La legge si limita a prescrivere, ad esempio, che la proprietà deve venire acquistata in un determinato modo, e lascia al giudice il compito di trarre le dovute conseguenze. Per mezzo delle regole interpretative e della tecnica legale egli deve effettuare una trasposizione all'interno della norma per ricavarne una regola per il suo stesso comportamento (trasformandola cioè in una norma giudiziale).

Il diritto penale invece si esprime generalmente attraverso norme volte a regolare l'operato del giudice. Nella maggior parte dei casi infatti si limita a prescrivere che l'omicidio, il furto ed una serie di altre azioni devono essere punite in un certo modo. Dire esplicitamente che tali azioni sono proibite è ritenuto superfluo: le cosiddette norme primarie nel campo penale vengono ricavate dalla giurisprudenza sulla base delle norme dirette ai giudici.

Tuttavia queste diverse formulazioni non sono affatto essenziali. Sono sorte sotto l'influenza della tradizione giuridico-legale per motivi di convenienza e di utilità sociale. Addurre l'esistenza di tali formulazioni come argomento a favore o contro la teoria della divisione delle norme in primarie e secondarie sarebbe un modo di procedere privo di qualsiasi valore scientifico. Ciò che conta è stabilire se tale divisione si fondi o no su di una differenza reale. La struttura del sistema giuridico giustifica oppure no la differenziazione delle norme in due gruppi posti a livelli diversi?

La risposta è negativa. Sia il diritto civile sia quello penale sono composti da norme che regolano al tempo stesso tanto la condotta dei privati quanto quella dei pubblici ufficiali. I legislatori si propongono lo scopo di imporre un certo comportamento agli uomini, e il mezzo indispensabile per

raggiungere tale obiettivo consiste nell'emanazione di norme che regolino l'uso della forza da parte dei membri della organizzazione statale.

Quando il diritto civile stabilisce i diritti e i doveri dei cittadini non si limita ad indicare un certo modello di comportamento al pubblico in genere, ma prescrive anche il modo in cui devono essere risolte le controversie. Ora il significato di una sentenza, in quanto dà luogo a delle misure esecutive o ne esclude l'applicazione, consiste essenzialmente nel determinare le modalità dell'uso della forza in quel caso particolare. Il diritto civile quindi è un insieme di norme concernenti al medesimo tempo sia l'uso della forza da parte dei pubblici funzionari sia la condotta dei privati cittadini. Lo stesso dicasi del diritto penale.

Si capisce facilmente il motivo per cui le regole di condotta per i privati non sono formulate come norme prudenziali del tipo « se vuoi evitare la tale sanzione devi comportarti in un dato modo ». Il legislatore non vuole che gli uomini rispettino le leggi soltanto per timore della sanzione. Occorre fare in modo che essi sentano il dovere *incondizionato* di obbedire alle norme, e a tale scopo viene usata la forma imperativa. Ma ciò non deve oscurare il fatto che si tratta in sostanza di regole concernenti l'uso della forza.

L'illusione che le norme primarie abbiano un significato indipendente dall'impiego della forza, si basa in ultima analisi sulla convinzione che esse siano veramente in grado di conferire un'esistenza reale a quei diritti e doveri di cui parlano. Questo è il motivo per cui si attribuisce loro un effetto peculiare, completamente svincolato dall'uso della forza. Secondo l'opinione corrente i diritti vengono in essere non appena si verificano i fatti previsti dalla legge. Essi sono antecedenti all'eventuale uso della forza per la loro « protezione ».

Ora questo supposto effetto delle norme primarie è illusorio, perché in realtà non si dà luogo alla creazione di nessun diritto e di nessun dovere. Le norme esercitano semplicemente

un'influenza psicologica sugli uomini, privati cittadini o pubblici funzionari. Le idee di diritti e di doveri sono usate come mezzi per descrivere le azioni desiderate, ed influenzare così i sentimenti degli uomini. Soltanto queste idee sono reali, e i poteri e vincoli immaginari chiamati diritti e doveri non hanno alcuna esistenza oggettiva. Concludendo, non è possibile da un punto di vista rigorosamente scientifico sostenere la distinzione tra norme primarie e norme secondarie sulla base del presupposto che alcune norme, a differenza di altre, diano origine a dei diritti e a dei doveri obiettivamente esistenti.

Le norme giuridiche come regole sull'uso della forza.

Se ciò che abbiamo detto finora è vero, allora i modi tradizionali di definire il rapporto tra il diritto e la forza devono venire abbandonati. In una concezione realistica è impossibile sostenere che il diritto è garantito o protetto dalla forza. La situazione reale è che il diritto — vale a dire l'insieme delle regole chiamate diritto — si compone principalmente di norme sull'uso della forza.

Occorre tenere presente che al tempo stesso tali norme esprimono modelli di comportamento per i privati: ma questi modelli non sono in ultima analisi che l'altra faccia, per così dire, delle norme sull'impiego della forza, e soltanto queste ultime costituiscono il fattore decisivo in virtù del quale gli uomini sono costretti a tenere una certa condotta. Delle norme sui «diritti» e sui «doveri» che non riguardino contemporaneamente anche l'impiego di una forza superiore a tutte le altre, servirebbero a ben poco nella vita concreta. Anziché accettare la classificazione tradizionale io sarei dell'avviso di ribaltarla, e di chiamare primarie le norme sull'uso della forza e secondarie quelle concernenti la condotta dei privati. Ma anche questo non sarebbe del tutto esatto. In realtà le norme sia civili che penali regolano al tempo stesso tanto la condotta dei privati quanto l'impiego della forza da parte dei pubblici

ufficiali. Si tratta soltanto di aspetti diversi delle medesime norme. Definire il diritto in termini di regole sull'uso della forza è pertanto pienamente giustificato, dato che in ultima analisi tutto dipende appunto dall'applicazione regolare di quest'ultima.

Nel diritto amministrativo si incontra un gran numero di norme che non riguardano direttamente l'uso della forza (ad esempio quelle sulla educazione e la salute pubblica, sulle comunicazioni, ecc.). In alcuni casi la forza è necessaria anche in questo campo, ma la maggior parte delle norme di diritto amministrativo viene applicata dai pubblici ufficiali con altri mezzi. Tuttavia anch'esse presuppongono l'esistenza della forza organizzata e applicata in base alle norme del diritto civile e penale. Per quanto grande sia l'importanza che esse hanno assunto nella nostra epoca devono venire considerate come un'appendice del corpo centrale costituito dalle norme che regolano l'uso della forza. Si può aggiungere che la costituzione è composta in parte da norme che riguardano l'uso della forza solo indirettamente (quelle sul modo di creazione delle leggi civili e penali), e in parte da norme che se ne occupano direttamente (vale a dire quelle sul comando delle forze armate e della polizia).

La necessità della forza organizzata.

È certo che la vita sociale si deve basare sul diritto. Ma non su di un diritto concepito in senso metafisico, cioè su di un diritto immaginario che stia al di sopra dei fatti con la sua « forza vincolante ». La vita sociale si basa sul diritto concreto, sul diritto come fatto, sul diritto inteso nella sua accezione più ampia, comprendente cioè anche la forza organizzata per mezzo delle regole giuridiche, le quali costituiscono il diritto in senso stretto.

Questa forza organizzata costituisce l'ossatura, la spina dorsale della comunità, ed è assolutamente necessaria. Non è possibile concepire una società — perlomeno nel mondo attuale — che non si basi sull'organizzazione della forza. Senza di essa

non si avrebbe la minima sicurezza neppure della propria vita ed integrità fisica. Le riserve latenti di odio, di sete di vendetta e di illimitato egoismo presenti negli uomini esploderebbero immediatamente in maniera distruttiva, se non fossero tenute a freno dalla presenza di una concentrazione di forza di gran lunga superiore a quella di qualsiasi singolo individuo o associazione privata. Gli uomini hanno bisogno della coercizione per vivere insieme pacificamente: ma la coercizione su di una scala così grande presuppone una forza invincibile.

Anche la divisione della proprietà non potrebbe essere mantenuta senza l'intervento della forza; è sufficiente una sia pur minima esperienza della lotta senza quartiere che si svolge incessantemente tra gli uomini per la potenza, il danaro o anche soltanto per la pura sopravvivenza, per rendersi conto della necessità imprescindibile della forza se si vuole mantenere la distinzione tra il tuo e il mio. La struttura economica esistente verrebbe inevitabilmente distrutta mediante uno sfrenato saccheggio se non fosse protetta dalla forza. Il potere effettivo di cui godono i proprietari terrieri, i creditori, i dirigenti delle grandi compagnie, gli azionisti ecc., dipende in modo diretto dall'applicazione continua della forza secondo le leggi, è una conseguenza del regolare funzionamento della macchina della giustizia nel suo complesso e cesserebbe immediatamente qualora quest'ultima si arrestasse.

Ma non è soltanto in una società a struttura capitalistica che la forza è necessaria per garantire la stabilità della proprietà. Anche se tutto appartenesse allo Stato, cioè se il complesso dei beni e della ricchezza sociale fosse sotto il diretto controllo dei funzionari pubblici, essi non sarebbero in grado di svolgere il loro compito se non potessero disporre di una forza di molto superiore a quella di un qualsiasi individuo.

È parimenti un'illusione ritenere che l'*eguale* distribuzione della proprietà renderebbe superfluo l'impiego della forza. Anche se per ipotesi si potesse definire la nozione di eguaglianza in modo razionale ed accettabile da tutti e se si procedesse

ad una distribuzione della proprietà secondo il modello così costruito, ciò nonostante la coercizione continuerebbe ad essere indispensabile. La nostra è una affermazione che non è sorretta dall'esperienza, in quanto finora una simile situazione non si è mai verificata: ma possiamo formularla egualmente con la più grande sicurezza, perché si basa su alcune considerazioni di psicologia elementare. Non c'è nessun motivo di credere che, se non vi fossero costretti, gli uomini accetterebbero docilmente una simile divisione della proprietà senza cercare di modificarla. Non è possibile sradicare dall'animo di ciascun uomo il desiderio di possedere ricchezza e potere in misura maggiore degli altri. Anzi sarebbe probabilmente più difficile mantenere una distribuzione *eguale* che non una ineguale della ricchezza, perché ciò presupporrebbe una limitazione finora impensabile dell'egoismo dei membri più forti, più coraggiosi e più intraprendenti della società.

Non abbiamo certo bisogno di ricorrere all'immaginazione per raffigurarci la situazione che si verrebbe a creare se il diritto non consistesse essenzialmente in un insieme di norme sull'uso della forza organizzata. Il campo internazionale ce ne offre un esempio esauriente. Il cosiddetto Diritto delle Nazioni è un diritto di questo tipo. I teorici e gli uomini politici proclamano che le sue norme sono vincolanti e che stabiliscono diritti e doveri per gli Stati. Ma a tali norme non corrisponde nessuna regola sull'impiego della forza che venga applicata da un super-Stato o da una organizzazione internazionale specifica. Perciò esse sono simili soltanto alle norme che regolano la condotta dei privati, ma mancano completamente dell'altro aspetto del diritto statale, dell'aspetto che costituisce la sua potenza, vale a dire delle disposizioni sull'uso della forza dirette ai pubblici ufficiali.

È superfluo insistere sulle conseguenze che derivano nel campo internazionale dalla mancanza di una organizzazione comune della forza: la corsa agli armamenti, le guerre sempre ricorrenti, la minaccia di un conflitto costantemente presente

anche in tempo di pace ne sono delle manifestazioni più che evidenti. Se si eliminasse l'organizzazione della forza all'interno dei singoli Stati si produrrebbero delle conseguenze analoghe e anzi ancora più disastrose: perlomeno ora la pace e la sicurezza regnano all'interno dei vari Stati, grazie appunto alle loro rispettive organizzazioni. Se queste ultime venissero rimosse, scoppierebbe la lotta tra una moltitudine di fazioni, e di conseguenza sarebbe impossibile tenere in vita il meccanismo economico indispensabile per soddisfare i bisogni delle nostre popolazioni così congestionate. In pratica è molto difficile farsi un quadro esatto delle rovinose conseguenze che seguirebbero all'eliminazione completa dell'organizzazione statale della forza, perché non abbiamo la possibilità di osservare dal vero tale fenomeno: l'organizzazione della forza è sentita da tutti come una necessità talmente imprescindibile per la pace e la sicurezza sociale che ci si guarda bene dal permettere che essa venga distrutta.

L'assoluta necessità della forza organizzata per l'esistenza della società è dunque indiscutibile. Ma come agisce in pratica questa forza, in che modo esercita la sua influenza sulla vita sociale e attraverso quali mezzi, quali vie controlla le nostre azioni? Nelle pagine che seguono tenterò di passare in rassegna gli elementi principali di questo problema tanto complesso. Il punto centrale concerne le relazioni tra l'impiego regolare della forza e gli standard morali prevalenti. Prima però è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che i risultati più importanti dell'impiego della forza non sono da ricercarsi tra i suoi effetti immediati, bensì tra quelli mediati e indiretti.

Gli effetti indiretti dell'uso della forza.

L'effetto immediato dell'impiego della forza consiste nella sofferenza inflitta ad un certo numero di persone che vengono imprigionate o punite in altri modi, oppure private

del godimento e della proprietà di alcuni beni. Inoltre l'applicazione delle sanzioni procura soddisfazione agli altri membri del corpo sociale, appagandone l'istinto di vendetta e assicurando loro il pagamento dei crediti e l'adempimento delle obbligazioni. Tutti questi effetti immediati sono indubbiamente importanti per le persone interessate: ma sarebbe un grave errore ritenere che essi esauriscano l'importanza e il compito sociale della forza organizzata. Aderire a tale opinione equivarrebbe a capovolgere l'intera questione. L'uso continuato della forza ha effetti a lunga portata che vanno ben al di là e che rivestono una importanza molto più grande di quelli risentiti dalle persone direttamente implicate.

Ritenere che il significato sociale della forza organizzata consista soltanto negli effetti immediati delle sanzioni in un certo numero di casi individuali, implica partire dal presupposto che la condotta degli uomini in genere non sia affatto influenzata dalla esistenza di tale forza. Il che equivale a credere che gli uomini vivano in pace tra di loro e obbediscano alle leggi per motivi che non hanno niente a che vedere con l'intervento della coercizione. Le sanzioni si renderebbero necessarie solamente perché di tanto in tanto si verificano dei casi di comportamento illecito, e avrebbero la funzione di « restaurare la giustizia » e di « riparare ai torti » in tali occasioni sporadiche e individuali. Ora questo è un grave errore. Per valutare nel suo giusto peso l'efficacia sociale della forza organizzata occorre guardare al di là delle sanzioni individuali e prenderne in considerazione gli effetti generali sulla comunità nel suo complesso, vale a dire sulla condotta di tutti gli associati.

Gli effetti immediati delle sanzioni individuali hanno relativamente poca importanza a paragone della pressione psicologica che l'esistenza della forza organizzata esercita sugli animi. La generale consapevolezza del fatto che una forza di gran lunga superiore a quella di qualsiasi individuo singolo viene regolarmente ed ininterrottamente applicata secondo il diritto, esercita un'influenza di notevolissima portata su

tutta la nostra condotta. Essa costituisce uno degli elementi base su cui costruiamo la nostra intera esistenza. Ogni individuo è costretto a tener conto dell'applicazione continua della forza, applicazione che non dipende assolutamente dai suoi desideri, allo stesso modo in cui non può fare a meno di prendere in considerazione le condizioni climatiche del paese in cui vive o i mezzi di sussistenza che esso gli offre. Una totale noncuranza delle leggi — e si è visto come il diritto non sarebbe altro che un vuoto insieme di parole se non implicasse l'impiego della forza — sarebbe altrettanto pazzesca quanto indossare alla latitudine di Stoccarda gli stessi vestiti che usano gli abitanti delle isole del Pacifico. In realtà non ci soffermiamo a riflettere sulla necessità o meno di adeguarci alle prescrizioni della legge, così come non riflettiamo sulla necessità di indossare abiti adeguati. Tale necessità si fa sentire in maniera così imperiosa che non vi è in pratica nessuna possibilità di scelta.

Questa immensa pressione che si esercita su milioni e milioni di persone e che serve a trattenere le loro azioni entro certi limiti è infinitamente più importante per la vita sociale che non gli effetti immediati della applicazione delle sanzioni. Le sofferenze di alcune migliaia di criminali, i sia pur numerosi trasferimenti di proprietà dai debitori ai creditori, sono cosa di poco conto di fronte al fatto che gli uomini normalmente si astengono dal compiere quelle azioni che la legge qualifica come crimini, pagano i loro debiti e così via.

Questa influenza indiretta della forza organizzata viene invece facilmente sottovalutata, a causa di molteplici motivi. Specialmente nella giurisprudenza e nella filosofia del diritto l'attenzione si concentra soprattutto sulla sanzione presa isolatamente, mentre le conseguenze indirette vengono lasciate più o meno in ombra. La ragione principale di tale modo di pensare alquanto limitato dipende dal fatto che noi non siamo per niente convinti che la paura delle sanzioni sia il motivo principale della nostra obbedienza alle leggi. È oppor-

tuno perciò dedicare un'analisi approfondita al ruolo effettivo giocato dal timore delle sanzioni nella nostra condotta.

Il timore delle sanzioni.

Se analizziamo i nostri sentimenti riguardo ai motivi che ci spingono ad obbedire alle leggi non troveremo di certo in primo piano il timore delle sanzioni. Questo vale soprattutto per ciò che riguarda le norme fondamentali del diritto civile e penale. Altri motivi di diversa natura ci balzano incontro, almeno ad un primo approccio ([16]).

Si prenda ad esempio l'omicidio: se ci chiediamo il perché non commettiamo questo gravissimo crimine anche quando abbiamo buoni motivi per desiderare la morte di qualcuno, la risposta non sarà sicuramente «perché abbiamo paura della punizione». Anzi di primo acchito non pensiamo affatto al castigo. È l'atto in se stesso che ci ispira un tale orrore da farci apparire addirittura inconcepibile l'idea di compierlo. Non ci sembra neppure di essere posti dinnanzi ad una scelta. L'omicidio è fuori questione, non rientra affatto nei nostri pensieri

([16]) Un motivo per cui gli effetti indiretti del diritto sono tanto trascurati è che il rapporto esistente tra il diritto stesso e le nostre azioni di ogni giorno nella maggior parte dei casi non è un rapporto diretto. Solitamente si interpongono uno o più anelli di congiunzione. Noi d'abitudine non impariamo le leggi a memoria per poter regolare il nostro comportamento secondo le loro prescrizioni, né consultiamo ogni giorno gli avvocati. L'influenza del diritto ci raggiunge attraverso molte altre vie. Una di queste è l'educazione che abbiamo ricevuto. Un'altra la stampa. Noi impariamo molto su ciò che è permesso o proibito attraverso i giornali. Talvolta viene usata la propaganda per divulgare qualche nuovo complesso di norme, ad esempio delle nuove regole sul traffico. Inoltre imitiamo le abitudini che si sono formate sulla base di qualche legge. Numerose abitudini di questa specie si sono sviluppate e sono state acquisite soprattutto nel campo del commercio e dell'industria. Facciamo anche uso di forme standardizzate per i contratti, le cambiali, ecc. Come si vede i canali di informazione sono perciò numerosi.

come una possibilità reale. Non nego naturalmente che ogni tanto qualcuno, in special modo se si tratta di individui nevrotici, possa sperimentare delle fantasie più o meno vaghe esprimenti desideri delittuosi. Ma nella realtà concreta l'omicidio vero e proprio non viene considerato in linea di massima come un comportamento possibile, tanto che non ci si sofferma neppure a misurarne i vantaggi e gli svantaggi. In conseguenza di tutto ciò il timore delle sanzioni non figura assolutamente come il motivo che ci impedisce di attentare alla vita altrui.

Allo stesso modo la paura della prigione non ci sembra per nulla il motivo che ci trattiene dal derubare il nostro prossimo. Non rubiamo per la semplice ragione che si tratta di una azione disonesta. Il furto normalmente non è contemplato nel novero delle azioni in cui si possa o meno concretizzare la nostra condotta, e perciò quando ci asteniamo dal toccare la proprietà altrui non proviamo affatto l'impressione di stare effettuando una scelta.

La situazione psicologica varia a seconda dei diversi tipi di atti delittuosi, ma *prima facie* il timore della punizione non compare quasi mai come il motivo principale dell'astensione. Le stesse considerazioni valgono anche per il diritto civile. Qui i sentimenti morali non sono così sviluppati come nei confronti dei veri e propri delitti. Ma è certo che la causa principale per cui gli uomini pagano i debiti, adempiono ai contratti e così via non è in primo luogo la paura delle sanzioni che possono seguire. Anzitutto vi è un senso comune di onestà che impone di mantenere le promesse; secondariamente entrano in gioco altri motivi che non sono immediatamente connessi con le sanzioni, come ad esempio l'interesse a mantenere buoni rapporti nel mondo degli affari, ecc.

Insomma l'obbligo di mantenere la parola data, che è il punto di maggior rilievo nell'àmbito del diritto civile, sembra essere sentito dal cittadino comune per motivi che non hanno nulla a che fare col timore delle sanzioni, e queste ultime appaiono addirittura superflue. Anzi il cittadino medio si senti-

rebbe offeso se si insinuasse che l'onestà della sua condotta dipende alla fin fine dalla paura della punizione. Ciò equivarrebbe a considerarlo come un mostro insensibile e senza pietà, sprovvisto del più elementare senso morale. È ovvio che noi non ci riteniamo affatto tali, e ancor meno desideriamo di apparire così agli altri. Del resto è perfettamente vero che le motivazioni immediate della nostra condotta ossequiente alle leggi non sono per nulla costituite dal timore delle spiacevoli conseguenze.

È perciò molto naturale che il castigo venga considerato come estraneo alla condotta dei cittadini medi e rispettabili, e riguardante esclusivamente i criminali. La vita dell'onesto cittadino medio si svolge per così dire ad un livello diverso da quello in cui opera l'apparato coercitivo: l'uso della forza appare come qualcosa che non lo riguarda direttamente, ma che interessa soltanto un ristretto numero di persone il cui comportamento deve essere tenuto a freno. Nel campo del diritto civile forse l'impiego della forza non sembra tanto lontano: ma il suo reale significato non è apprezzato pienamente. Infatti essa serve, secondo l'opinione comune, a rivendicare o a realizzare i « diritti » degli individui nei casi di violazione: di conseguenza la sua influenza indiretta viene sottovalutata anche in questa sfera, e benché non sia del tutto trascurata, non riesce ad emergere in tutta la sua enorme ed onnicomprensiva importanza nel quadro della vita sociale.

Tuttavia l'esame introspettivo su cui si basano le considerazioni fatte finora non è sceso abbastanza in profondità. È vero che il timore delle sanzioni non è apparso come il motivo immediato della condotta conforme alle leggi, ma questo non esclude affatto la possibilità che le sanzioni, o meglio la consapevolezza che esse vengano regolarmente applicate secondo le norme, non eserciti una influenza molto profonda sul nostro atteggiamento nei confronti delle norme stesse. Anzi sarebbe molto strano se ciò non si verificasse. Come potremmo sfuggire alla influenza del complesso meccanismo della forza organizzata che era già in funzione al momento della nostra nascita, e che

ci ha circondato e continuerà a circondarci durante l'intero corso della nostra esistenza? Senza dubbio esso deve imprimere delle tracce profonde sul nostro animo. Ma il suo effetto non consiste esclusivamente nell'ispirare timore, e inoltre non è detto che anche quando il timore gioca un ruolo importante questo fatto sia riconosciuto.

Innanzi tutto il timore delle sanzioni non è mai totalmente assente dai nostri rapporti con il diritto, anche quando non costituisce il motivo immediato della sua osservanza. Basta pensare ad esempio alla preoccupazione dei genitori di instillare nei bambini il principio dell'obbedienza alle leggi. Si tratta di una preoccupazione di carattere esclusivamente morale? O non è invece più probabile che il timore delle conseguenze provocate da una condotta illegale giochi una parte considerevole? Se si tiene conto di quanto strenua sia la lotta per guadagnarsi e mantenere delle condizioni di vita decenti ed una buona reputazione, non è possibile negare che la paura delle sanzioni abbia un'importanza di primo piano nella nostra condotta.

Questo tuttavia non significa sostenere che noi viviamo costantemente sotto l'oppressione di un continuo senso di paura provocato dall'esistenza della forza giuridicamente organizzata. La situazione psicologica normalmente è molto diversa. La mente umana è dotata di una adattabilità meravigliosa: dato che sarebbe intollerabile vivere sotto l'assillo costante della paura, noi cerchiamo, più o meno consapevolmente, di evitare tale situazione adattandoci al modo di vivere richiesto dalle leggi.

Per sfuggire all'incubo della paura noi dobbiamo non soltanto astenerci dal compiere quegli atti illeciti che provocherebbero subito l'intervento della forza pubblica, ma addirittura bandire dalla nostra mente anche la semplice rappresentazione di tali atti. Occorre sottolineare l'importanza di questo punto. Se noi lasciassimo la nostra immaginazione libera di trastul-

larsi con le idee di azioni criminose (ad esempio con idee di vendetta o di arricchimento), subito verrebbe evocata anche la paura, perché l'idea della violazione delle leggi è strettamente connessa con quella della *sanzione* eseguita da una *forza* superiore ed irresistibile. La paura si innalza come una barriera contro la violazione delle leggi. Ma è evidente che non possiamo vivere alimentando da un lato dei desideri illegali, e combattendoli dall'altro lato con la paura. Ne seguirebbero degli effetti negativi ed altamente distruttivi sulla personalità, e non potremmo resistere a lungo senza mettere a repentaglio il nostro equilibrio mentale, perché la tensione interna sarebbe insostenibile. Di conseguenza è necessario scacciare dalla mente i pensieri pericolosi: anche se non riusciamo ad eliminarli completamente occorre fare in modo che essi rimangano nella sfera dei castelli in aria, più o meno tagliati completamente fuori dalla vita quotidiana.

In questo modo si spiega come mai il timore delle sanzioni riesca ad esercitare un'influenza risolutiva sulla condotta umana senza tuttavia venire sperimentato in modo continuo e diretto. La paura rimane alla soglia della coscienza, pronta a fare la sua apparizione non appena si presentino dei desideri criminosi. La pace interiore dipende sia dall'assenza dei desideri delittuosi sia da quella della paura. Noi cerchiamo tale pace interiore istintivamente, e nel complesso si può dire che riusciamo a raggiungerla. È la nostra stessa struttura psicologica che lo richiede. Non sarebbe possibile neutralizzare la paura soltanto calcolando le probabilità di rimanere impuniti: tali calcoli non vanno mai esenti da un certo grado di incertezza. Una tranquillità interiore sicura nei confronti del diritto presuppone necessariamente che il nostro animo sia del tutto sgombro da quei pensieri che sono atti a suscitare il timore della punizione.

È superfluo aggiungere che questo risultato può essere conseguito soltanto se si verificano determinate condizioni. Innanzi tutto ci devono essere delle ragioni generalmente accet-

tate e condivise dalla maggioranza della popolazione che giustifichino l'applicazione delle sanzioni a determinati tipi di condotta. In caso contrario non sarebbe possibile allontanare l'assillo della paura. Infatti se viene a mancare questo consenso unanime sulla desiderabilità o meno di colpire certi comportamenti, si produce una frattura interna degli animi: numerose azioni ufficialmente dichiarate illegali si presenteranno agli uomini in una luce allettante, o potranno persino venire compiute per motivi di risentimento o di orgoglio o simili. E contemporaneamente la paura del castigo sarà avvertita in modo immediato.

Quando una situazione psicologica del genere si è diffusa tra una parte abbastanza numerosa della popolazione, il regime politico esistente può a ragione venire considerato terroristico. Esso è caratterizzato dal fatto che il motivo immediato e dominante dell'obbedienza alle leggi consiste esclusivamente nella paura delle sanzioni. È ben noto a quale grado di crudeltà e di implacabilità debba arrivare un regime terroristico per riuscire a mantenersi in vita. La paura di per sé è una barriera insufficiente se non è sostenuta da misure drastiche ed inesorabili. Ma il successo ottenuto con tali procedimenti non è affatto certo, e in ogni caso è pagato a caro prezzo. Non mi riferisco soltanto alle sofferenze di coloro che vengono colpiti dalle punizioni: occorre includervi anche un indebolimento continuo dell'equilibrio mentale della popolazione che provoca a lungo andare un conseguente cedimento della struttura dello Stato.

Non credo sia possibile trovare un regime che sia terroristico al cento per cento: un simile stato di cose non potrebbe durare che per un periodo di tempo molto breve. In realtà anche nei regimi cosiddetti del terrore il nucleo centrale delle leggi, in special modo le norme fondamentali del diritto civile e penale, viene rispettato senza che il timore delle sanzioni costituisca il motivo immediato dell'obbedienza. La paura svolge questa funzione soltanto rispetto ad alcune parti dell'ordinamento giu-

ridico, e precisamente a quelle che riguardano la sfera politica: e anche in tale campo i governi compiono grandi sforzi per ridurne l'importanza per mezzo della propaganda.

I sentimenti morali e il diritto.

Non è necessario aggiungere altro a proposito del timore delle sanzioni. Si è visto come l'assenza relativa della paura in condizioni normali non significhi che essa sia priva di importanza nei confronti della condotta giusta degli uomini in genere. Al contrario è stato dimostrato che la sua influenza è molto forte, benché sia soprattutto indiretta e quindi sfugga facilmente ad una osservazione superficiale.

La pressione psicologica della forza organizzata assume anche forme diverse da quella appena descritta, e in modo particolare si esplica attraverso l'influenza che esercita sulle nostre valutazioni morali.

Come è stato osservato in precedenza, i nostri motivi immediati di obbedienza alle leggi rivestono quasi sempre carattere morale. Ci asteniamo dal compiere le azioni criminose innanzi tutto perché tali atti ci appaiono ingiusti. Inoltre sentiamo come un dovere morale l'obbligo di rispettare la parola data, di comportarci come richiedono le norme del diritto civile, di portare fedeltà e obbedienza alle autorità legittime, e infine di rispettare le leggi semplicemente perché sono leggi, anche se il loro contenuto ci è moralmente indifferente. Ora tutte queste idee morali sono in larga misura plasmate dal diritto, vale a dire dall'uso regolare della forza secondo le leggi.

Quando siamo colpiti e attratti da pensieri di azioni illegali l'arma migliore per scacciarli è rappresentata dagli impulsi morali involontari, molto più che non dai freddi calcoli sui rischi che tale condotta comporterebbe. Un categorico « tu non devi! » risuona alle nostre orecchie, e ancora « è un'azione vile, detestabile! ». Tutti questi imperativi indipendenti e questi

giudizi di valore reprimono efficacemente le tendenze a compiere azioni illegali, e, assieme ai sentimenti che li accompagnano, sono in larga misura — benché ovviamente non in modo esclusivo — una conseguenza dell'amministrazione della giustizia effettuata mediante la regolare applicazione delle sanzioni e del risarcimento dei danni.

Si potrebbe, è vero, suggerire l'ipotesi che la relazione tra il diritto e le idee morali sia esattamente l'opposto di quella da noi prospettata: e cioè che siano le idee morali il fattore primario, e che il diritto tragga da esse la sua ispirazione. In effetti questa è la posizione generalmente accettata dalla giurisprudenza e dalla filosofia del diritto: le regole fondamentali del diritto sono concepite come fondate sulla « giustizia ». Tale affermazione può significare soltanto due cose: o che esse si fondano su di una giustizia astratta, esistente *in nubibus*, oppure che il diritto dipende dalle idee che gli uomini hanno sulla giustizia. Ambedue queste posizioni sono errate.

Non credo sia necessario soffermarsi a motivare il rifiuto della teoria che fonda il diritto sulla giustizia astratta: è evidente che si tratta di pura superstizione. Rimane invece da discutere se siano le *idee* sulla giustizia il fattore primario rispetto al diritto, oppure se esse vengano plasmate e modellate dal diritto stesso.

Occorre innanzi tutto impostare il problema in modo da non trovarsi subito insabbiati in un groviglio inestricabile di difficoltà. In primo luogo bisogna tenere presente che il diritto non è qualcosa che esiste al di fuori delle menti e delle azioni degli uomini, ma è un complesso di « imperativi indipendenti » che guidano la condotta dei pubblici ufficiali e degli uomini in genere. Di conseguenza il problema del rapporto tra il diritto e le idee morali non può, da un punto di vista scientifico, venire considerato come un rapporto tra due entità distinte, da un lato il diritto esistente a sé, e dall'altro lato il complesso delle idee morali come qualcosa di completamente diverso. Le idee che noi chiamiamo « diritto » sono strettamente connesse con

quelle dette « morali ». Vi è necessariamente uno scambio complesso e reciproco tra le idee, i sentimenti e le varie attività umane, una influenza vicendevole degli uomini tra di loro. Per poter trattare il problema in maniera scientifica occorre quindi dividerlo in due parti distinte: la prima riguarda il modo in cui si formano i canoni di valutazione morale di ciascun individuo, per stabilire quale sia l'influenza che esercita su di essi l'applicazione della forza secondo le norme giuridiche. Ognuno di noi cresce in una comunità in cui il complesso meccanismo del diritto esiste ed è esistito sin dai tempi più remoti. Si tratta appunto di determinare quale sia la sua influenza sulle idee morali. Il secondo interrogativo riguarda il ruolo svolto dalle idee morali nel processo di formazione delle regole giuridiche nuove che si aggiungono al già esistente complesso normativo.

Cominciamo con l'esaminare la prima questione, vale a dire col chiederci come si formano le nostre idee morali. È evidente che la soluzione non potrà discostarsi dalle linee che abbiamo fin qui tracciate. Infatti l'educazione che riceviamo è determinante a questo proposito. Il carattere si forma sotto l'influenza diretta dell'ambiente in cui veniamo allevati, in special modo durante la nostra infanzia: la società che ci circonda traccia una impronta duratura sulle nostre idee, e tra le forze che agiscono all'interno della società il diritto è senza dubbio la più importante. Ora il diritto non può essere la proiezione di convinzioni morali innate nel fanciullo e nell'adolescente, dal momento che esisteva già prima della sua nascita; a mano a mano che il fanciullo cresce e prende contatto con le varie situazioni della vita si trova immerso nella influenza del diritto, dal quale riceve direttamente o indirettamente le prime indelebili impressioni concernenti i rapporti con gli altri uomini. L'effetto delle norme non consiste soltanto nel suscitare il timore delle sanzioni e di conseguenza nel far sì che gli individui riescano a condizionarsi psicologicamente in modo tale da poter vivere senza l'assillo della

paura. Le norme hanno anche un effetto positivo, in quanto provocano il formarsi delle idee morali.

Le regole giuridiche sono degli imperativi indipendenti, e sotto tale forma vengono comunicate a tutti, vecchi e giovani. Proposizioni imperative del tipo « non si deve rubare » costituiscono le norme che regolano la nostra condotta: esse vengono poco alla volta assorbite, per così dire, dal nostro animo e diventano gradualmente parte del nostro bagaglio mentale. Una solida connessione psicologica si stabilisce tra le idee di certe azioni e alcune espressioni imperative che vietano le azioni stesse o ordinano che vengano compiute. Ad esempio l'idea di commettere un furto si associa automaticamente al comando « non devi! », e ne nasce un imperativo morale dotato di « forza vincolante ». Usiamo l'espressione « imperativo morale » nei casi in cui l'imperativo indipendente sia stato completamente oggettivato e perciò si imponga senza più nessun riferimento ad una qualsiasi autorità del mondo esterno. Tutti i principali imperativi giuridici subiscono generalmente questa trasformazione e solo al termine di tale processo il diritto può considerarsi stabilito su basi sicure.

Sottolineiamo « i principali imperativi giuridici »: infatti affinché il diritto sia efficace non è necessario, e non sarebbe del resto neppure possibile, che operi la trasformazione di tutte quante le norme in imperativi morali. Per la maggior parte di esse è sufficiente che venga sentito l'obbligo morale di rispettare il diritto in quanto tale, e che questo sentimento non venga indebolito da leggi assurde e da sentenze arbitrarie.

Numerosi fattori concorrono a far sì che gli imperativi giuridici vengano assimilati da tutta la popolazione. La suggestione che i comandi esercitano è enorme, quando sono spalleggiati da un potere: e in questo caso si tratta del potere maestoso dello Stato, che si impone con continuità e regolarità secondo le norme che regolano l'applicazione delle sanzioni, e che è circondato da solenni cerimonie e da un sentimento tradizionale molto profondo di reverenza. Tutto ciò concorre

a produrre negli animi una forte impressione e spinge gli uomini a considerare i comandi giuridici come vincolanti oggettivamente, tanto più che essi ne avvertono quasi istintivamente la necessità agli effetti della pace e della sicurezza sociale.

L'assimilazione degli imperativi non può, evidentemente, effettuarsi senza il concorso di condizioni specifiche che meritano di essere studiate con attenzione. Il primo requisito, generalmente parlando, consiste nel fatto che le norme debbono apparire ragionevoli alla maggior parte della popolazione, vale a dire debbono servire a raggiungere degli scopi che siano generalmente desiderabili. In caso contrario le norme non riuscirebbero ad avere nessuna efficacia morale o anzi finirebbero col suscitare indignazione. In secondo luogo è necessario che l'applicazione delle sanzioni sia regolare ed imparziale al massimo grado.

Dopo tutte queste considerazioni credo sia impossibile negare che le relazioni tra il diritto e le idee morali degli individui siano del tipo da noi prospettato. Il diritto è il fattore primario: gli uomini vengono a trovarsi sotto il suo dominio fin dalla prima infanzia, e le loro idee morali si sviluppano sotto la sua influenza. Il diritto — includendo nel significato di questo termine l'impiego regolare della forza secondo le norme — non è naturalmente un fattore isolato. Non vi è mai una sola causa per un fenomeno così complicato come le nostre idee morali. Le cause sono necessariamente numerose. Innanzitutto all'uso della forza deve venire associata la propaganda, la quale svolge il compito di preparare gli animi per accogliere gli imperativi; poi questi ultimi devono venire inculcati direttamente dai genitori, dai maestri, dai superiori e così via. L'ipotesi che viene qui avanzata consiste semplicemente nell'asserire che l'uso della forza è uno dei fattori principali che concorrono alla formazione dei nostri standard morali, e non viceversa.

Tale ipotesi non ha bisogno di altre prove oltre all'evidenza dei fatti. Non è invero possibile sostenere seriamente

che i « comandi morali » sono qualcosa di esistente al di fuori del mondo concreto, empirico. Ciò implicherebbe attribuir loro un carattere divino. In realtà essi sono fenomeni interamente naturali, e più precisamente sono il contenuto di certe idee della mente umana e nulla più.

Se non si è completamente accecati dai pregiudizi o fossilizzati in abitudini mentali precostituite, non è possibile non rendersi conto della vera connessione esistente tra le convinzioni morali sul furto, sull'omicidio ecc., ed il fatto che come conseguenza di tali atti vengono inflitte, e sono sempre state inflitte anche nel passato, le sanzioni. La vera natura di tale connessione non può non essere quella che abbiamo cercato di descrivere. Per negare la validità di questa conclusione occorre presupporre che di volta in volta si presentino innate nell'uomo proprio quelle idee morali che corrispondono alle norme giuridiche valide per un certo tempo in un dato luogo. Una affermazione del genere non soltanto è arbitraria, ma anche falsa, come si può dimostrare facilmente. Le leggi sono diverse nei vari paesi e nelle varie epoche, e i canoni morali mutano anch'essi in concomitanza: ciò non si potrebbe spiegare se essi fossero indipendenti dalle leggi.

Inoltre possiamo osservare direttamente che gli uomini non hanno delle inibizioni innate di una qualche rilevanza anche nei confronti di quegli atti che costituiscono i crimini peggiori. Prendiamo ad esempio l'omicidio. È fuori dubbio che vi sono dei sentimenti naturali quali l'amore, l'amicizia, la compassione, l'orrore della sofferenza e della morte, che si oppongono alle eventuali inclinazioni omicide e che non dipendono dalle leggi. Ma tali sentimenti da soli non sono forti a sufficienza per tenere a freno gli istinti omicidi fino a quel livello di sicurezza che è indispensabile per la vita civile di una comunità. Vi è sempre un gran numero di persone sulle quali tali sentimenti non fanno molta presa. E anche tra coloro che non hanno disposizioni particolarmente violente, i sentimenti di-

ciamo così buoni possono venire facilmente annullati e superati da altri motivi, in special modo dall'istinto di conservazione.

Attraverso i secoli numerose forme di omicidio sono state di volta in volta apprezzate come atti virtuosi; e i governanti non hanno mai incontrato serie difficoltà ad indurre gli uomini ad ammazzarsi a vicenda in guerra. Dove sono le inibizioni naturali? Dove è finita la loro forza? Lo stato di guerra implica che coloro che occupano le posizioni chiave incanalino verso un'altra direzione la pressione morale esercitata dalla macchina del diritto. Non soltanto si esalta l'uccisione dei nemici, ma i soldati che si rifiutano di uccidere vengono puniti con la pena capitale. Per mezzo della forza e della propaganda una pressione enorme viene esercitata su tutta la popolazione per spingerla a cooperare alla realizzazione di quel fine che sovrasta tutti gli altri: vincere.

Non vi potrebbe essere illustrazione più chiara ed evidente degli effetti prodotti dal diritto sulle idee morali. Possiamo vedere con i nostri occhi come le nozioni del giusto e dell'ingiusto rispetto all'atto dell'uccidere vengano mutate dalla sera alla mattina per mezzo dell'influenza del diritto. Le inibizioni innate contro l'omicidio non hanno forza sufficiente per resistere ad una pressione così schiacciante. Solo un piccolissimo numero di persone continua ad opporsi alla morale della guerra. Ma la loro opposizione non si basa soltanto sui sentimenti innati contrari alla violenza: per non essere spazzata via dai torrenti della propaganda a favore della guerra deve essere sorretta anche da un credo fanatico, contrario alla ideologia dominante.

Un altro esempio è offerto dall'atteggiamento degli uomini nei confronti della proprietà altrui. È possibile affermare che essi hanno veramente una propensione innata, naturale ad astenersi dall'impadronirsi con la violenza o con l'astuzia delle ricchezze e dei beni che desiderano? Certamente no. A patto di poterlo fare impunemente la maggior parte della gente non ha niente in contrario ad arricchirsi a spese degli altri, e non va

molto per il sottile nella scelta dei mezzi. In realtà la lotta per il denaro tra gli individui e i gruppi è terribile e viene contenuta entro limiti tollerabili soltanto per mezzo del diritto, e con gravi difficoltà. L'egoismo incontrollato porterebbe alla anarchia, se non fosse trattenuto dall'uso regolare della forza e della propaganda. Non appena la pressione di questi due fattori si allenta in qualche punto, subito gli uomini colgono senza la minima esitazione l'opportunità che viene loro offerta.

È impossibile pensare che l'attitudine generale di rispetto verso la proprietà altrui che prevale nelle nostre società non dipenda dall'esistenza del diritto. La divisione attuale della proprietà è determinata dalle leggi. Ovviamente non possiamo sostenere che vi sono delle inclinazioni naturali, indipendenti dalla pressione esercitata dal diritto, le quali ci portano ad accettare una distribuzione della proprietà così fortuita, che conferisce grande ricchezza agli uni ed estrema povertà agli altri. Nessuno può avere il minimo dubbio su ciò che accadrebbe se la pressione esercitata dal diritto venisse improvvisamente a cessare. Non ne deriva allora necessariamente che le idee morali che costituiscono l'ostacolo immediato alla violazione della proprietà altrui sono plasmate dal diritto?

Da tutto ciò risulta evidente che il meccanismo dell'applicazione della forza non riguarda solamente i trasgressori delle norme, non serve esclusivamente per tenere tali individui sotto controllo, ma è necessario per formare la moralità del cittadino medio. Anche se il cittadino medio non lo sospetta minimamente, anche se l'insinuazione l'offende, in realtà il complesso delle sue idee morali, che egli si vanta di attribuire alle proprie eccellenti qualità naturali, dipende soprattutto dall'applicazione regolare delle sanzioni nella società in cui vive. Togliete le sanzioni, abolite il meccanismo della forza, e la sua moralità subirà una profonda modificazione adattandosi alla nuova situazione caratterizzata dalla mancanza di protezione da parte della forza organizzata. Le sue nuove convinzioni morali saranno rivolte a sostenerlo nella

lotta per l'esistenza che si attua in condizioni completamente diverse da quelle per cui valevano i vecchi standard. Numerose azioni che nell'àmbito pacifico di una società protetta dalle leggi gli erano sembrate orrende ed ignobili, appariranno ora come necessarie e permesse, anzi come mezzi moralmente accettabili e virtuosi per mantenere se stesso e la propria famiglia. Negare tutto ciò significherebbe avere una coscienza della propria rettitudine alquanto limitata e cieca. Ogni grande catastrofe, come una guerra o una rivoluzione ci fornisce materiale di prova più che abbondante.

L'influenza delle idee morali sul diritto.

È stato osservato poc'anzi che il problema del rapporto tra il diritto e le nostre idee morali deve essere formulato in due parti separate, da tenere rigorosamente distinte. Si è cercato inoltre di delineare una risposta al primo dei due interrogativi, vale a dire a quello concernente il rapporto tra le convinzioni morali degli individui e le norme giuridiche in vigore. Nel corso di tale disamina è stato dimostrato che il diritto si pone come il fattore primario e fondamentale. Le idee morali di ciascuno si sono formate sotto l'influenza del diritto, la cui continua applicazione è indispensabile per conservarle come schemi efficaci della condotta.

La seconda parte del problema riguarda l'influenza esercitata dalle idee morali sulla creazione di regole giuridiche nuove. Questa questione va trattata alla luce della risposta che abbiamo data al primo interrogativo. È chiaro che anche quegli individui che hanno raggiunto delle posizioni di potere che permettono loro di influenzare l'attività legislativa o lo sviluppo della *case-law* hanno subìto la pressione del diritto al pari di tutti gli altri. Il loro bagaglio iniziale è composto da un complesso di idee che si sono formate in questo modo. Allo stock delle concezioni morali derivate dal diritto se ne sono aggiunte man mano delle altre, suscitate dalla propaganda religiosa o sociale,

o nate spontaneamente dai sentimenti e dalle esperienze di ciascuno. La questione che dobbiamo affrontare è la seguente: fino a che punto queste idee morali possono operare una trasformazione nel diritto esistente?

Le idee morali occupano senza dubbio un posto di primo piano tra i motivi che determinano l'emanazione di nuove leggi, in special modo tra i motivi ufficialmente dichiarati. Uno degli argomenti più frequentemente usati a favore della trasformazione di una legge consiste proprio nell'affermare che essa è richiesta da esigenze superiori di giustizia. D'altra parte è evidente che le idee morali sono solamente uno dei tanti motivi operanti. Vi sono altre forze che urgono, in particolare gli interessi individuali, e non credo sia necessario sottolineare come le idee morali servono molto facilmente a mascherare tali interessi. Di conseguenza è impossibile sostenere che il sentimento della giustizia, o parlando più in generale le idee sulla giustizia, costituiscano la sola o quantomeno la più essenziale base o sorgente della nuova legislazione.

Le cause reali delle trasformazioni del diritto possono essere individuate soltanto attraverso un'analisi approfondita dei molteplici motivi, apertamente addotti o in qualche modo individuabili, che stanno dietro all'attività del legislatore. Da essi si risale poi alle cause che li hanno originati: e si scoprirà così che tanto i motivi proclamati in nome della giustizia quanto quelli richiesti dalla utilità affondano le loro radici nei sentimenti umani della paura, dell'istinto di autoconservazione e della famiglia, del desiderio di vendetta, della sete di potere, della compassione e così via. Le esigenze della giustizia nascono da tali sentimenti e dalle reazioni nei confronti del mondo esterno che essi provocano. Ma una analoga spiegazione vale pure per i motivi utilitaristici. Anch'essi hanno origine nei sentimenti sopra elencati. In ambedue i casi occorre naturalmente tenere presenti le condizioni materiali prevalenti ed il grado di informazione di cui i legislatori e coloro che possono influenzarli dispongono.

È chiaro che una spiegazione scientifica dei motivi che portano alla emanazione di nuove leggi finisce sempre necessariamente con l'assumere queste caratteristiche generali. Le proclamate pretese di giustizia vengono così ridotte alle loro reali proporzioni e situate nel contesto appropriato. Si vedrà allora come ciò che noi siamo soliti chiamare «giustizia» non sia niente di assoluto. In effetti la giustizia in quanto fonte della attività legislativa fondamentalmente non differisce affatto dai motivi utilitaristici: l'appello alla giustizia non è altro che una forma particolare per esprimere desideri e richieste.

Considerare la giustizia e l'utilità come motivi addirittura opposti agli effetti della attività legislativa significa dunque avere una visione molto superficiale delle cose. Non esiste in realtà tra di loro una netta linea di separazione. Ciò che noi troviamo investigando le ragioni che determinano la creazione di nuove norme è un insieme di situazioni umane, di sentimenti, desideri, idee e attività. Tra questi diversi elementi le idee sulla giustizia giocano una parte importante, ma non possono venire isolate e separate dalle altre cause.

Di conseguenza discutere se il diritto si fondi sulla giustizia o sulla utilità serve a molto poco. Il problema del fondamento del diritto (relativamente ai motivi della legislazione), deve venire formulato nel modo seguente: quale tipo di sentimenti e di idee ha fornito la ragione per tale o tal'altra disposizione normativa? Invece di classificare genericamente i motivi sotto le etichette «giustizia» e «utilità», tutti questi svariati sentimenti e idee vanno analizzati e descritti. In tal modo si deve far emergere e sottolineare in tutta la sua importanza la necessità di rintracciare i sentimenti che stanno dietro alle idee.

È comunque di grande interesse a questo proposito chiedersi fino a che punto quei sentimenti che noi qualifichiamo come morali e cioè l'altruismo, l'amore, la gentilezza, la gratitudine, influiscano sul diritto. È possibile ritrovarne una traccia nelle leggi? Si può ritenere con ragione che le norme fondamentali del diritto civile e penale siano basate su di essi? Hanno eser-

citato una influenza decisiva nella formazione delle norme sulla proprietà e sui contratti, o di quelle sulle pene previste per l'omicidio, il furto e gli altri crimini più gravi?

È evidente che la risposta dovrà essere negativa. Qualunque cosa si affermi sui fondamenti morali di tali norme, in realtà esse sono originate da altri motivi. La rude macchina del diritto non è mossa dai sentimenti e dagli ideali della morale cristiana (con cui generalmente nel mondo occidentale si identifica tutta quanta la moralità). Il sentimento che nella realtà sta dietro alla punizione dell'omicidio e degli altri crimini è soprattutto il timore per la propria incolumità personale. I delitti vengono puniti per motivi di pura autodifesa. Chi può dubitare che questa sia immensamente più forte di qualsiasi motivazione morale che possa essere avanzata? Inoltre è fuori dubbio che anche le motivazioni morali addotte sono connesse con l'istinto di autoconservazione.

Nei confronti del furto il motivo della punizione è ovviamente la necessità di rendere possibile uno stabile e sicuro possesso della proprietà, condizione indispensabile per la nostra sopravvivenza. I contratti sono dotati di sanzioni perché altrimenti non sarebbero uno strumento abbastanza sicuro per il trasferimento della proprietà e per le altre attività necessarie nel sistema economico attuale. I sentimenti che costituiscono la base delle norme sulla proprietà sono principalmente la paura di venire spogliati dei propri averi, il desiderio delle comodità materiali, la sete di potere e simili. Tentare di difenderli su basi morali, dimostrando il loro accordo con l'etica del Cristianesimo, è una impresa senza speranza.

Allo stesso modo tutte le principali norme del diritto civile e penale possono facilmente venire collegate con quei sentimenti che sono comunemente considerati egoistici. Le regole giuridiche sono determinate dall'interesse individuale, benché si tratti di un interesse individuale praticamente comune a tutti o quanto meno a gran parte della comunità. Se guardiamo ai fatti e non semplicemente alle parole vediamo che non vi è molto posto

per i princìpi morali quali fonti di diritto. Possiamo constatarlo in base alle stesse norme, e la osservazione trova conferma nell'esperienza quotidiana dell'attività legislativa. Coloro che salgono al potere ben difficilmente sono dei filantropi: e anche se lo sono, una volta arrivati al potere e investiti delle responsabilità che esso comporta mutano radicalmente il loro atteggiamento. Senza contare che hanno alle spalle i loro seguaci e sostenitori i quali fanno la guardia ai propri interessi con occhi acuti e sono pronti a difenderli a spada tratta.

Il compito dei sentimenti morali nei confronti della legislazione sembra essere confinato all'esercizio di un influsso moderatore sul diritto. Ad esempio, i sentimenti morali hanno avuto una indiscutibile influenza sulle riforme del diritto penale negli ultimi cento anni. Ma non si deve dimenticare che anche l'interesse individuale illuminato puntava nella medesima direzione. Una legislazione penale crudele è un pericolo per tutti. È nell'interesse generale, da un punto di vista puramente egoistico, evitare che le sanzioni siano più drastiche del necessario. Non appena le superstizioni più rozze delle epoche primitive cominciarono a dissolversi sotto gli attacchi della ragione critica, la incompatibilità della tortura e delle punizioni crudeli con l'interesse individuale non poté fare a meno di diventare evidente.

Per giudicare la reale portata dell'influenza dei principali sentimenti morali sul diritto è necessario chiedersi quale impronta essi siano riusciti a conferire alle leggi nei casi in cui si sono trovati in aperto conflitto con l'interesse dei detentori del potere. La storia ci fornisce la risposta a questo interrogativo: l'interesse ha sempre avuto la meglio. Quando mai i ricchi e i potenti sono stati mossi da ragioni morali nell'introdurre leggi che mirassero ad una più equa distribuzione della ricchezza? Fintanto che hanno potuto tenerla per sé senza correre rischi non hanno certo esitato a farlo. Soltanto dietro la pressione delle masse si sono decisi ad adottare una diversa linea di condotta. È vero che sovente i movimenti per migliorare le

condizioni di vita del popolo sono stati capeggiati da idealisti provenienti dai ceti superiori: ma tali movimenti hanno potuto raggiungere dei risultati soltanto quando gli idealisti sono riusciti a smuovere le masse, per cui ad un certo momento la classe dominante si è resa conto che era nel suo stesso interesse accontentarle con delle concessioni parziali.

Sommario.

Si è visto come le regole giuridiche non siano fondate su quei sentimenti che sono maggiormente apprezzati dall'opinione comune sotto il profilo morale. Il rapporto tra le norme e le convinzioni morali è di genere diverso, come si è appunto cercato di dimostrare. Le norme giuridiche costituiscono un mezzo della più grande importanza per la formazione delle idee morali: esse servono ad imprimere in modo molto efficace nell'animo dei singoli quelle idee morali che sono indispensabili per mantenere la pace nella vita sociale e per far funzionare la complessa organizzazione economica e così via. Le convinzioni morali sono necessarie: questo è il motivo per cui vengono inculcate negli uomini per mezzo delle leggi. O per meglio dire, gli interessi di coloro i cui desideri determinano il contenuto delle leggi richiedono la esistenza di un complesso di convinzioni morali, vale a dire di idee di imperativi indipendenti. L'apparato legislativo viene usato per enunciare tali imperativi e per renderli efficaci.

Affinché l'apparato legislativo possa svolgere tale compito è necessario che esso disponga di una forza irresistibile. Ecco in sintesi la risposta al problema sul rapporto tra il diritto e la forza. Il diritto consiste essenzialmente di norme sull'impiego della forza, le quali vengono rese psicologicamente efficaci nei modi che abbiamo brevemente esposto. L'applicazione regolare della forza secondo le norme, unitamente all'educazione ed alla propaganda, produce l'effetto di modellare e mantenere determinate idee su ciò che è bene e ciò che è male

Il contenuto delle leggi è il risultato dei desideri più disparati: ma è possibile discernere chiaramente come le norme fondamentali che costituiscono l'ossatura del sistema non siano basate sui sentimenti altruistici, ma al contrario sul desiderio dell'autoconservazione, della sicurezza, del potere e simili.

La nostra risposta riguarda soltanto i rapporti tra il diritto vigente, tra il diritto come fatto, e la forza. Il diritto è, come si è visto, un complesso di regole sull'impiego della forza. Ma la discussione tradizionale del problema del rapporto diritto-forza non aveva come oggetto il diritto positivo vigente, bensì il diritto inteso in senso metafisico. L'interrogativo centrale verteva sul modo in cui la forza vincolante della legge, il diritto e la giustizia sono in relazione con la forza fisica.

Anche la soluzione di questo «problema» è implicita in quanto abbiamo detto finora: infatti dal momento che il diritto in senso metafisico non esiste è evidente che non può entrare in relazione con nessuna altra cosa. L'intera questione concernente i suoi rapporti con la forza è pertanto priva di significato. È legittimo invece chiedersi quali siano le relazioni intercorrenti tra la forza, in special modo la forza organizzata dello Stato, e le idee sui diritti, sui doveri e sulla giustizia.

È chiaro che a questo proposito non esistono delle relazioni fisse. Le idee sulla giustizia ecc. possono essere favorevoli all'impiego della forza organizzata in atto presso una data comunità, oppure esservi contrarie o mantenersi neutrali. Probabilmente tutte e tre queste attitudini sono presenti all'interno di ciascuna comunità, ripartite tra i diversi gruppi sociali e con riferimento ad aspetti differenti delle leggi. Tuttavia è facile osservare che normalmente le idee sulla giustizia sono nella maggior parte dei casi in armonia con il diritto vigente. Ciò si verifica soprattutto quando il diritto appare orientato verso la soddisfazione dei desideri fondamentali di sicurezza, di benessere ecc. La stretta interrelazione esistente tra le idee sulla giustizia e gli interessi non può non essere palese a chiunque esamini la questione senza pregiudizi. Ma la formazione

degli interessi dipende anche dalle nozioni che abbiamo circa ciò che possiamo ottenere e circa i mezzi a nostra disposizione. Di conseguenza essi sono suscettibili di venire deviati dal loro corso «naturale» a causa di una errata rappresentazione dei fatti. Inoltre le idee sulla giustizia possono venire direttamente influenzate mediante la propaganda, anche in opposizione agli interessi realmente esistenti. Coloro che hanno raggiunto delle posizioni di potere sono pertanto in grado con enorme facilità di far apparire il diritto metafisico come coincidente con quello positivo vigente. In effetti i detentori del potere riescono molto bene ad appropriarsi del diritto in senso metafisico e a farne come l'ombra del diritto positivo.

Una ulteriore questione, che però non discuteremo, riguarda il modo in cui gli uomini riescono ad usare l'organizzazione della forza per soddisfare i loro desideri, a stabilire una sufficiente collaborazione tra di loro e così via. Noi dobbiamo limitarci a constatare che gli uomini riescono realmente a raggiungere tali obiettivi, anche se talvolta la catena delle cause e degli effetti non è percepita chiaramente o viene addirittura grossolanamente falsata. Del resto tutto ciò non è certo più sorprendente del fatto che le api e le formiche sono capaci di costruirsi le loro dimore senza l'aiuto degli architetti.

Il monopolio della forza.

Dopo tutto quanto è stato detto, la necessità della organizzazione della forza è ancora più evidente. Non ci sarebbe niente di più pazzesco che richiederne l'abolizione: equivarrebbe a sostenere che è bene eliminare il pane. Se si adotta una concezione realistica del mondo, l'unico problema pratico che si pone è di vedere quale sia il modo migliore in cui la forza può venire utilizzata per raggiungere gli obiettivi comuni.

La forza rappresenta un pericolo per l'uomo, come il fuoco: al pari di questo può distruggere l'umanità e tutti i suoi mezzi di sussistenza. Ma proprio come il fuoco deve essere

utilizzato dall'uomo se egli vuole innalzarsi al di sopra degli animali, così anche la forza deve venire messa al suo servizio se vuole raggiungere un grado più alto di civiltà.

Si dice, e non senza ragione, che la violenza chiama altra violenza. Ma questo proverbio è vero soltanto in parte. Non è vero se applicato alla forza orgànizzata, usata per realizzare i fini comuni, senza rancore o avidità da parte di coloro che la esercitano. Questo genere di forza non suscita contese e passioni. Anzi al contrario esercita un effetto moderatore, in quanto trattiene le aspirazioni degli uomini ad un livello ragionevole e le compone in una sorta di equilibrio e di armonia. Nel contempo l'uso di tale forza induce a ritenere che i vantaggi ottenuti per mezzo della sua protezione potranno essere sicuramente conservati, poiché con ogni probabilità essa continuerà a funzionare nello stesso modo anche per il futuro.

Due condizioni basilari devono essere soddisfatte affinché la forza si riveli vantaggiosa e non distruttiva per la vita ed il benessere dell'uomo. Primo, il suo impiego deve essere monopolizzato da una organizzazione. Secondo, l'uso della forza da parte di tale organizzazione deve essere regolato e diretto per mezzo di norme.

L'organizzazione in questione è quella che chiamiamo « Stato ». Lo Stato viene concepito, nella filosofia giuridica, come una entità che sta al di sopra degli individui, dotata dell'attributo della sovranità, cioè di un diritto supremo di autodeterminazione rispetto agli altri Stati, e della potestà assoluta di creare e di applicare le leggi all'interno del suo territorio. Ma l'assurdità di tale dottrina è palese. In sostanza essa vuol dire che un potere immaginario, un diritto, viene attribuito ad una entità altrettanto immaginaria.

La realtà esistente non può essere definita in questi termini. Ciò che di fatto esiste è una vasta organizzazione la quale è riuscita ad ottenere il monopolio della forza all'interno di un certo territorio, monopolio che non consiste in un *diritto* esclu-

sivo di usare la forza, ma nella capacità effettiva da parte dei membri della organizzazione di farlo.

Un « potere dello Stato » come qualcosa di unico e di unitario non esiste. Nella vita reale si trova invece una serie di posizioni di potere occupate da singoli individui: ai posti più alti stanno il capo dello Stato, i membri del governo, i giudici, i funzionari amministrativi e così via. Ciascuno di loro ha la sua sfera di potere ([17]): il potere è sempre soltanto di un

---

([17]) Il concetto di *potere* non è stato analizzato in modo specifico nel testo perché ciò ci avrebbe portato troppo lontano dal soggetto del nostro studio. Desidero soltanto fare le seguenti osservazioni per evitare eventuali fraintendimenti.

Noi siamo portati a considerare il potere come una forza presente in una persona che costringe gli altri alla obbedienza. Ma questo significa invertire completamente i termini della questione. Una simile concezione del potere è tanto assurda quanto credere che il piccolo Toomai seduto sul dorso dell'elefante racchiuda in se stesso una forza superiore a quella del pachiderma, che gli permette di dominare l'animale. La realtà che sta alla base della concezione corrente quasi mistica del potere è il fatto che qualche persona, o più persone, obbediscono in concreto agli ordini di un'altra. Senza l'obbedienza effettiva non c'è potere. Per questo motivo il potere investe l'intera situazione, consiste in una relazione tra gli individui caratterizzata da un lato dall'obbedienza, e dall'altro lato dal comando. Proprio per questa ragione è esatto parlare di *posizioni di potere*.

Perciò il potere di cui una persona dispone è sempre condizionato da una — o per meglio dire implica una — attitudine da parte di altre persone. Il motivo che fa sì che la gente assuma tale attitudine costituisce un altro problema. Una ragione può essere rappresentata dal fatto che la persona che comanda è in grado di esercitare una influenza di tipo suggestivo sugli altri, inducendoli a seguirla ciecamente. Tale situazione si avvicina molto alla nozione popolare di potere. Ciò che esiste in realtà in questo caso sono certe reazioni da parte delle persone che obbediscono, causate in parte dalle azioni e dalle qualità di chi comanda, in parte dalle loro stesse qualità e in parte dalle circostanze esterne. Le qualità delle persone che comandano, che assumono rilievo in relazione al presente problema sono o delle qualità naturali, come il coraggio e l'intelligenza, oppure una particolare forza mentale. È ovvio che esse vanno tenute accuratamente distinte da quella forza mistica che è consi-

singolo individuo che agisce da solo o assieme ad altri. È un potere personale anche quando venga controllato in vario mo-

---

derata come l'essenza del potere. Si deve guardare ad esse come alla sorgente del potere, non come a qualcosa che si identifica col potere.

L'organizzazione dello Stato consiste in una fitta rete di posizioni di potere, i cui detentori esplicano la loro attività in modo più o meno regolare secondo quanto predispone un sistema di norme con al centro la costituzione, collaborando e controllandosi a vicenda. Il potere di ciascun membro della organizzazione è condizionato da una stabile attitudine di rispetto verso il diritto e verso le decisioni degli altri membri conformi a quanto prescrive la legge. I legislatori non avrebbero alcun potere se i giudici non agissero secondo le leggi da loro emanate con grande sicurezza e precisione. Il potere del giudice a sua volta svanirebbe se i funzionari incaricati del procedimento esecutivo non entrassero automaticamente in azione in seguito alle sentenze, e così via. Le posizioni-chiave implicanti il potere, le quali tutte assieme costituiscono il potere dello Stato, possono sussistere soltanto grazie a tali salde attitudini dei vari membri della organizzazione.

Ogni caso specifico di quel tipo di relazione che chiamiamo « potere » è una relazione psicologica. La leva del potere è sempre una influenza psicologica che una persona esercita su di un'altra. Può sembrare uno strumento molto fragile: in realtà invece la sua forza è immensa, se sono presenti le condizioni adatte. È lo strumento per mezzo del quale tutti i paesi vengono governati in pace e in guerra, lo strumento che permette di conservare l'ordine e la sicurezza e di lanciare gli eserciti a combattere l'uno contro l'altro.

Nelle relazioni di potere più semplici l'elemento della suggestione personale assume una netta preminenza. Questo elemento può tuttavia venire in parte ridotto, o in certi casi sparire completamente, se gli animi delle persone chiamate alla obbedienza sono stati sufficientemente preparati. Il prototipo di tale preparazione è rappresentato dall'addestramento militare, che fa sì che i soldati reagiscano quasi automaticamente ai comandi degli ufficiali.

Nella organizzazione statale questo tipo di preparazione raggiunge un livello piuttosto alto, benché non assuma sempre la forma militare. È necessario per assicurare il funzionamento dell'intero meccanismo. La sicurezza generale nel campo del diritto non sarebbe ad esempio tanto elevata se la esecuzione di una sentenza dipendesse dalla influenza personale dei giudici sui funzionari esecutivi. L'elemento *personale* è perciò largamente rimpiazzato da quello *formale,* e la forma viene resa efficace attraverso l'addestramento dei funzionari ed il loro reciproco controllo.

do dall'esterno, come di fatto accade abitualmente. Ad esempio il giudice dispone del potere di far imprigionare i criminali, di ordinare l'esecuzione forzata ed il trasferimento della proprietà. Tutto ciò costituisce il potere che gli è proprio, ed egli occupa una posizione che gli consente di compiere effettivamente questa serie di atti. Ma lo può fare solo a certe condizioni, e non può usare del suo potere in modo arbitrario senza correre il rischio di perderlo e di essere passibile di punizione.

Il fatto che l'organizzazione funziona secondo quanto stabiliscono le norme, conferisce una certa verosimiglianza alla diffusa concezione metafisica della esistenza di un « potere unitario dello Stato ». I membri della organizzazione statale in tempi normali raggiungono e lasciano le loro posizioni secondo le modalità stabilite dalle norme. Essi dispongono automaticamente del potere non appena vengono eletti in maniera legale, senza che si renda necessario nessuno sforzo speciale da parte loro. Di conseguenza si ha l'impressione che si limitino a manipolare un potere che esiste di per se stesso. Inoltre la loro attività è coordinata per mezzo delle norme in modo tale che essi si appoggiano l'un l'altro, e agiscono non già secondo i propri capricci ma secondo quanto prescrivono le regole giuridiche. Ma non si deve lasciarsi trarre in inganno dalle apparenze e non vedere che in realtà esiste soltanto una serie di posizioni individuali di potere.

I poteri di cui dispongono i membri della organizzazione statale sono delle specie più svariate. Non tutti includono la possibilità di disporre direttamente della forza: ma coloro che possono farlo costituiscono il nucleo della organizzazione, e sono da un lato il governo che comanda la polizia e l'esercito, dall'altro lato i giudici che controllano l'operato dei funzionari esecutivi. Questi sono gli uomini che detengono il monopolio della forza nelle nostre comunità. Solo ad essi compete il potere di dirigere effettivamente l'impiego della forza, mentre nessuno che non faccia parte della organizzazione può

farlo, se non sporadicamente ed in misura minima. Tale monopolio effettivo della forza è la base della concezione metafisica della sovranità.

La monopolizzazione della forza è una necessità imprescindibile della vita civile, in quanto costituisce una condizione vitale per le attività economiche e culturali che rendono possibile l'esistenza delle sterminate masse di uomini che popolano attualmente la terra, ed imprimono a tale esistenza le sue caratteristiche peculiari. Per questo motivo il monopolio della forza si è realizzato dovunque, in maniera più o meno completa. Così forte è il bisogno che ne abbiamo, così invincibile l'urgenza. Di conseguenza la superficie del nostro pianeta è attualmente divisa in un certo numero di tali organizzazioni, che sono riuscite ad ottenere il monopolio della forza all'interno dei loro confini. La stessa delimitazione della sfera territoriale spettante a ciascuna organizzazione viene effettuata e mantenuta soprattutto mediante l'impiego della forza.

La regolazione e la utilizzazione della forza.

Il monopolio della forza viene realizzato per mezzo di quelle regole che denominiamo norme giuridiche. Il potere dei membri della organizzazione dipende dalla loro efficacia psicologica. Ma gli stessi mezzi, cioè le norme, sono usati anche per regolare la forza, per utilizzarla ed incanalarla nelle direzioni desiderate.

Da un certo punto di vista questa affermazione può apparire paradossale. Apparentemente l'ordinamento giuridico può soltanto limitare *il diritto* all'uso della forza. Se poi di fatto si verifica una concreta limitazione ed utilizzazione, ciò sembra dovuto ad altre cause.

Ci si può chiedere, ad esempio, come possa una norma impedire in pratica ad un uomo armato di sparare, oppure al comandante di un esercito disposto a prestargli cieca obbe-

dienza di dirigerlo contro l'obiettivo prescelto. Sembra che l'unica risposta possibile sia che il diritto non può fare altro se non proclamare: « tu non hai il diritto di sparare contro gli altri, tu non hai il diritto di far marciare l'esercito contro il tuo stesso popolo ». Ma questi limiti possono di fatto essere superati: e ci troviamo nuovamente di fronte alla eterna opposizione tra diritto e forza.

Tuttavia questo punto di vista è unilaterale e superficiale, e si basa sulla concezione metafisica del diritto come potere che appartiene ad un ordine più alto della realtà. Quando invece ci si rende conto che il diritto non è altro che un insieme di fatti sociali, l'intera questione assume un aspetto diverso, un aspetto adeguato alla realtà della vita sociale.

Due gravi errori si annidano nella concezione metafisica secondo la quale l'efficacia del diritto consisterebbe esclusivamente nella creazione di diritti e di doveri. Primo, effetti del genere non esistono. Il diritto esprime in forma imperativa le idee dei diritti e dei doveri, vale a dire le idee di poteri e legami di natura metafisica, ma non può farli sorgere nella realtà concreta. Secondo, il solo effetto del diritto è l'influenza che esso esercita sulla condotta degli uomini. Tale influenza è dovuta in parte alla sua forza di suggestione, e in parte ad altre cause. Se si verificano determinate circostanze il diritto riesce effettivamente a dirigere le azioni degli uomini: ciò significa che l'uso della forza può venire realmente controllato per mezzo del diritto.

Non è pertinente chiedersi come possa il diritto trattenere un uomo dal premere il grilletto del fucile che tiene in mano: è evidente che non può fermarlo, perché la forza non può essere imbrigliata dal diritto *in modo assoluto*. L'efficacia delle norme è sempre relativa e limitata e inoltre può essere raggiunta soltanto se si verificano determinate condizioni materiali e psicologiche. Si possono addurre molti casi in cui la limitazione della forza non è riuscita. Ma ciò non significa che

tale controllo sia sempre impossibile. Un ragionamento del genere pecca in modo evidente di illogicità.

È sufficiente osservare con un poco di attenzione lo svolgersi della vita sociale per rendersi conto di quanto l'impiego della forza sia trattenuto entro limiti definiti dalle norme giuridiche: non completamente, certo, poiché nella vita reale non vi è mai nulla di assoluto, ma in misura molto notevole. Il controllo è esercitato perlomeno fino al punto da permetterci di sopravvivere, il che non è risultato da poco, se si tien conto di tutte le difficoltà.

Il campo di azione dei giudici è quello in cui si riesce ad attuare al massimo grado il controllo della forza. Il giudice regola l'uso della forza sia in materia penale che in materia civile. Ma il suo potere è strettamente limitato da quanto prescrivono le norme. Secondo la legge egli ha il diritto e il dovere di agire soltanto nell'àmbito e nei limiti che gli sono concessi dalle norme del diritto civile e penale nonché da quelle del diritto processuale. Gli imperativi giuridici se sono psicologicamente efficaci conferiscono al giudice un potere effettivo, ma tale potere può venire usato soltanto se egli si comporta, nel complesso, in conformità alle prescrizioni normative.

La forza di cui il giudice dispone è quella che risiede nel meccanismo esecutivo: quest'ultimo è costruito in modo tale da funzionare secondo i suoi ordini; ma a condizione che tali ordini siano emanati secondo la forma prescritta dalla procedura. Il giudice non può prendere l'iniziativa, ma deve attendere che il caso da giudicare gli venga sottoposto dal querelante o dal pubblico ministero. Inoltre egli deve ascoltare anche la controparte. La procedura deve essere pubblica e condotta secondo le norme, e infine la decisione va emessa nella forma prescritta per la sentenza. Tutte queste condizioni devono venire osservate, in complesso, dal giudice, altrimenti la sua decisione non avrà nessuna conseguenza pratica. Non solo, ma i giudici vengono severamente selezionati ed

istruiti per garantire il massimo grado di precisione nella applicazione del diritto. Ogni giudice è sottoposto inoltre alla pressione costante di vari fattori, in special modo della opinione pubblica e della minaccia di essere perseguito legalmente ad opera di altri giudici nei casi più flagranti di deviazione dalle prescrizioni normative. In conseguenza di tutto ciò egli è personalmente interessato ad applicare la legge con il dovuto impegno.

In questo modo il potere di impiegare la forza di cui i giudici dispongono è strettamente regolato e tenuto sotto controllo. La possibilità di raggiungere tale risultato risiede nel fatto che il potere dipende sempre da condizioni materiali e psicologiche di natura relativa, le quali trasmettono la loro relatività anche al potere. Nella regolazione e controllo della forza non si tratta in realtà di limitare un potere di per sé illimitato. Al contrario il problema consiste nell'istituire una concentrazione di forza avente un raggio di azione limitato e di assoggettarne l'uso alla realizzazione di scopi ben definiti. Tale risultato può essere ottenuto in quanto è possibile manipolare a piacimento le condizioni da cui dipende l'uso della forza, in modo da soddisfare le varie necessità. Il diritto si presenta come lo strumento più idoneo. È ovvio comunque che il controllo della forza è un problema molto più complesso che non la sua monopolizzazione, e quindi non può venire risolto con la stessa completezza che caratterizza invece ai giorni nostri quest'ultimo.

Il significato della espressione «il regno del diritto».

Quando parliamo di «regno del diritto» noi ci riferiamo ad una situazione in cui la monopolizzazione e la regolazione della forza siano state effettivamente raggiunte. La richiesta di un simile stato di cose trae la sua forza da una necessità profondamente sentita. Vale a dire, l'altissimo valore attri-

buito al « regno del diritto » ha la sua contropartita psicologica nella paura sempre presente delle disastrose conseguenze della forza incontrollata.

L'importanza ascritta al diritto non subisce alcun declino, ma anzi aumenta ancora di più quando la realtà dei fatti è vista nella sua vera luce, spogliata di qualsiasi illusione. Le idee metafisiche sulla natura dei diritti (quali la forza vincolante, i diritti, i doveri ecc.) sono pertanto superflui rispetto al compito di preservare l'obbedienza alle leggi. Anzi niente è più efficace a questo scopo di una chiara conoscenza dei fatti reali.

L'idealizzazione metafisica del diritto è un fenomeno secondario, che trae le sue origini da un apprezzamento istintivo della necessità di regolare l'esercizio della forza. Una valutazione consapevole e scientifica della questione non può certo dunque distruggere o indebolire l'atteggiamento di rispetto verso il diritto: al contrario una concezione realistica dei fatti fa sì che i motivi fondamentali di obbedienza possano esplicare la loro efficacia in modo più diretto, senza dover attraversare lo strato delle idee metafisiche e i labirinti di parole nei quali si corre il serio rischio di perdere il contatto con la realtà.

La teoria marxista dello Stato.

Nella filosofia marxista il ruolo della forza viene concepito in modo diverso da quello tradizionale. Mentre di solito l'impiego della forza viene tenuto celato il più possibile, i marxisti al contrario mettono in evidenza con grande enfasi la sua applicazione nella società capitalistica. Ma al tempo stesso prospettano un nuovo tipo di società futura in cui la forza non sarà più necessaria.

Il pensiero marxista attorno a questo problema è esposto

nella teoria dello Stato. Lo Stato è visto come uno strumento di coercizione: l'idea metafisica di una entità sovraumana viene completamente eliminata. Lo Stato non è altro che una organizzazione della forza. Ma tale organizzazione e il conseguente impiego della forza sono, secondo la teoria marxista, strettamente connessi con la divisione della società in classi in conflitto tra di loro. Esso rappresenta appunto il mezzo usato dalla classe dominante per opprimere le altre. In particolare, nella società capitalistica la coercizione è usata dai capitalisti per dominare la classe operaia e rendere possibile il suo sfruttamento.

L'idea implicita è che la forza organizzata è necessaria soltanto quando vi sia un conflitto di interessi all'interno della comunità. Lo Stato è lo strumento usato dalla classe dominante per risolvere il conflitto in suo favore. Quando il contrasto degli interessi viene abolito e si costituisce una società veramente aclassista, allora l'apparato coercitivo diventa superfluo, è destinato a scomparire gradualmente.

Le linee principali di questa teoria sono contenute nel Manifesto del partito comunista, e sono state sviluppate in special modo da Engels nel suo lavoro *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, e da Lenin in *Stato e rivoluzione*. Da allora è rimasta la dottrina ufficialmente accettata dal marxismo. Recentemente una esposizione molto chiara del pensiero marxista è stata fatta da John Strachey nel libro *Teoria e pratica del socialismo* (1936). Alcuni passi tratti da quest'opera, che è perfettamente aderente allo spirito della teoria classica, serviranno ad illustrarne il significato.

« Lo Stato — scrive Strachey — è un apparato destinato allo scopo di costringere gli uomini a fare certe azioni e ad astenersi dal compierne certe altre. È uno strumento per l'applicazione della forza, o, come si dice più comunemente, per imporre il diritto e l'ordine. Dietro al poliziotto sta la forza della polizia, dietro alla polizia la prigione e la cella del con-

dannato. E dietro a tutto questo ancora, le forze armate dello Stato... » ([18]).

Strachey continua poi ad analizzare i motivi per cui si può dire che lo Stato è nella sua essenza un apparato coercitivo. « Per arrivare a questa concezione occorre tracciare le origini storiche dello Stato. Soltanto le società umane hanno dato origine a quegli organismi sociali che chiamiamo Stati... e ciò accadde quando esse si divisero in classi sociali diverse... Le ragioni per cui le società tribali non conoscevano lo Stato dipende dal fatto che esse erano società senza classi. Tutte le società civilizzate assumono la forma di Stato perché sono composte da classi sociali antagoniste. La funzione dello Stato consiste precisamente nel risolvere i conflitti di classe a favore della classe dominante, la quale dispone dell'apparato statale coercitivo ».

Segue la definizione completa dello Stato: « Lo Stato è... un apparato per l'impiego della forza in favore della classe dominante in ogni comunità che si sia divisa in classi sociali in conflitto tra loro. La sua funzione è di risolvere, nel senso voluto dalla classe al potere, i conflitti sociali che sono inevitabili in tali società ».

Quando la rivoluzione sarà stata portata a termine, e i lavoratori si saranno impadroniti del potere, lo Stato, cioè la forza organizzata, continuerà ad esistere, ma verrà adoperato per la realizzazione dei fini del proletariato. Toccherà ai capitalisti di essere soppressi per mezzo dello Stato. « Lo Stato della classe lavoratrice è uno Stato sostenuto dalla stragrande maggioranza della popolazione e usato contro una esigua, per quanto in primo momento molto potente, minoranza, destinata a scomparire rapidamente ». Tuttavia lo Stato dei lavoratori è una struttura soltanto provvisoria e temporanea. « Non appena sarà stata costruita una società veramente senza classi,

---

([18]) STRACHEY, *The Theory and Practice of Socialism*, (1936), pp. 172 ss.

l'apparato coercitivo dello Stato scomparirà ». L'idea centrale del marxismo è incisivamente espressa da questa frase di Lenin: « Il nostro scopo finale è la eliminazione dello Stato, vale a dire di ogni forza organizzata e sistematica, di ogni tipo di forza usato contro l'uomo » ([19]).

Non è possibile analizzare in questa sede l'argomentazione sulle condizioni prevalenti in alcune società primitive. Il problema del modo in cui il controllo sociale viene esercitato nelle comunità primitive è ovviamente molto complicato, ed il rischio di trarre delle conclusioni avventate è particolarmente grave, in quanto è estremamente difficile riuscire a comprendere a fondo la mentalità primitiva. La questione centrale tuttavia riguarda l'impiego della forza in società che hanno raggiunto i livelli più alti di sviluppo economico, dove esiste un'articolata divisione del lavoro. A questo livello la teoria marxista è, a mio parere, decisamente sbagliata, sia per quanto concerne la società capitalistica, sia per le sue predizioni sulla futura società comunista.

I marxisti sono nel vero quando sostengono che il diritto nelle società capitalistiche richiede un sistema di forza organizzata. Essi hanno il grande merito di aver saputo cogliere la verità al di là della illusoria pretesa che il diritto sia qualcosa di superiore e di diverso. Le condizioni di vita vigenti nella società capitalistica hanno suscitato in loro una presa di coscienza così violenta della ingiustizia imperante in tale sistema, che sono stati spinti a smascherare le idee metafisiche correnti che nascondono l'impiego effettivo della forza. Il loro errore è di sostenere che il compito della forza organizzata si esaurisce nella protezione degli interessi di un piccolo gruppo di capitalisti. Questo punto di vista è manifestamente unilaterale.

Nella società capitalistica odierna il diritto e la sua regolare applicazione sono una condizione indispensabile per la esisten-

---

([19]) Lenin, *Sämtliche Werke* XXI (1931), p. 537.

za, la sicurezza e la prosperità di tutti. Dove esiste la divisione del lavoro, e specialmente dove essa è molto sviluppata, come accade nelle moderne nazioni industrializzate, la popolazione non può essere nutrita, vestita, provvista di abitazioni ecc. senza un meccanismo economico quanto mai complicato. E questo meccanismo nella società attuale è basato sul diritto, vale a dire sull'impiego regolare della forza. È la pressione psicologica esercitata dal diritto che permette ai produttori di mantenere con sicurezza il controllo sui mezzi di produzione: il contadino sulla terra, l'industriale sui macchinari e così via. Se si verificassero continue interferenze e disturbi nel loro possesso è evidente che la produzione non potrebbe continuare. Il diritto è indispensabile anche per lo scambio dei beni. Un alto grado di sviluppo del commercio è inconcepibile senza delle leggi che garantiscano i cosiddetti effetti legali dei contratti, prescrivendo ad esempio delle misure esecutive in caso di inadempimento. Il commercio, l'industria, l'edilizia ecc. dipendono inoltre dal sistema creditizio; il quale a sua volta si basa sul diritto, vale a dire sul fatto che la forza organizzata è messa a disposizione del creditore per garantirgli il pagamento.

Si può argomentare che sarebbe possibile organizzare una struttura economica migliore, sostituire una economia pianificata al sistema attuale di mercato relativamente libero, e così via. Ma si tratta di un problema diverso. Quali che siano le ragioni che possono venire addotte a sostegno di tali proposte, non potranno certo mutare il fatto indubitabile che l'organizzazione economica esistente, e di conseguenza anche l'impiego della forza, rappresentano al momento presente il mezzo indispensabile per soddisfare i bisogni economici dell'intera popolazione, nella misura in cui sono soddisfatti. Non solo, ma la sicurezza personale di ciascuno è condizionata dalla applicazione regolare delle sanzioni e dalla esistenza di una forza di polizia capace di sgominare qualsiasi gruppo armato che possa formarsi.

Se quanto abbiamo sostenuto fin qui a proposito degli effetti del diritto è corretto, la teoria marxista è in palese contraddizione con i fatti. L'impiego della forza nella società capitalistica non è un prodotto della divisione delle classi. Può essere, è vero, uno strumento di dominio di una classe sulle altre. Ma è anche qualcosa di più. È uno strumento indispensabile per la vita dell'intera comunità. La dominazione di classe significa che tale mezzo, oltre a garantire le basi per l'esistenza di tutto il corpo sociale, è stato strumentalizzato ad esclusivo beneficio di un gruppo, o di alcuni gruppi particolari.

La unilateralità della teoria marxista sulla società capitalistica non è altro che un'arma della propaganda rivoluzionaria, tendente ad esautorare il diritto esistente della sua forza morale. Ma tale propaganda riesce ad ottenere risultati pratici su larga scala soltanto nel caso in cui alcuni settori importanti della comunità si trovino in condizioni disperate.

Solo allora la popolazione crederà veramente che il diritto è soltanto uno strumento di oppressione nelle mani della classe al potere. Altrimenti la maggior parte della gente sente istintivamente che non è così, che il diritto, anche se insufficiente in alcune sue parti, è necessario per la esistenza di tutti. Queste diverse concezioni costituiscono lo sfondo da cui si è andata sviluppando la progressiva scissione del movimento marxista in due parti, da un lato una più ampia sezione riformista che ha abbandonato la tesi centrale, e dall'altro lato una sezione più ristretta, conosciuta sotto il nome di comunismo, che invece ha continuato a tenere fede a tale idea.

Qualsiasi predizione sull'assetto della società comunista si fonda esclusivamente sulla teoria secondo cui l'impiego della forza è strettamente legato alla divisione della società in classi. Una volta che tale teoria sia stata screditata, anche le basi della predizione verranno completamente a mancare, ed essa rimarrà sospesa nel vuoto. Se per caso dovesse avverarsi, si tratterebbe di pura coincidenza: ma è facile dimostrare in modo sicuro che ciò non potrà mai verificarsi. È sufficiente in-

fatti sottolineare che l'abolizione della organizzazione della forza significherebbe abbandonare la comunità in balia assoluta di qualsiasi gruppo che decida di porre in essere una propria organizzazione armata. Naturalmente la risposta marxista a questa obiezione è che non ci sarà gente simile nella società comunista. Ma chi può garantirlo? Chi può assicurare che non sorgeranno mai dei condottieri potenti, capaci di radunare accoliti attorno a sé, riuscendo così ad acquistare una posizione di predominio? È un sogno irragionevole pensare che gli uomini possano venire «cambiati» a un punto tale da escludere per sempre una possibilità del genere. La forza organizzata, soggetta alle norme dettate dall'interesse comune, sarà perciò sempre necessaria se non altro per proteggere la comunità dalla formazione di bande terroristiche di senza legge.

Non solo, ma la forza organizzata e regolata sarà sempre necessaria anche per altri scopi. Innanzi tutto non se ne può fare a meno per mantenere con un certo grado di stabilità quegli standard morali che sono indispensabili per una pacifica convivenza sociale. I marxisti hanno completamente trascurato l'azione del diritto a questo rispetto. Essi sono caduti nell'errore piuttosto frequente di presupporre che gli uomini si attengono alle principali regole della condotta sociale per motivi che non hanno nulla a che vedere con l'impiego regolare della forza secondo il diritto. Anzi a questo proposito sono stati ancora più ciechi di molti altri, perchè secondo loro l'impiego della forza nella società capitalistica è estremamente immorale. Ai loro occhi l'idea dell'uso della forza nella società capitalistica è indissolubilmente legata all'idea di oppressione e di sfruttamento. Questo è il motivo per cui non sono riusciti a rendersi conto del fatto che i nostri schemi morali dipendono dalla applicazione della forza secondo il diritto. Ciò spiega come mai i marxisti possano guardare con soddisfazione alla prospettiva della scomparsa della forza organizzata, evento che in realtà significherebbe aprire la gabbia dove sta rinchiusa la belva che

si annida in fondo ad ogni uomo, e ritornare di nuovo sotto il dominio della legge della giungla.

I programmi politici basati sull'idea della abolizione della forza, se tentano veramente di realizzare tale idea sul piano pratico, sono destinati al fallimento. Una politica realistica, vale a dire una politica che abbia una qualche probabilità di successo, può soltanto cercare di apportare delle modifiche al modo di usare la forza, ma non di abolirla.

La ragione per cui Lenin e i suoi seguaci sono riusciti a portare a termine la rivoluzione e a conservare il potere, va ricercata proprio nel fatto che essi hanno rimandato l'abolizione della forza ad un lontano futuro. I loro sforzi furono dedicati esclusivamente alla realizzazione dello stadio intermedio tra capitalismo e comunismo. In tale stadio la forza era necessaria, secondo la loro teoria, sotto forma di « dittatura del proletariato ». Nel costruire e nell'adoperare il meccanismo della forza per questo scopo, essi non erano per nulla ostacolati dall'idea che il fine ultimo doveva consistere nella abolizione della forza stessa. Al contrario tale idea offriva loro una valida giustificazione per le più severe misure di repressione da adottare contro gli avversari: tutto quanto veniva fatto a questo proposito sembrava una cosa di ben poco conto, a paragone della grande meta finale, la creazione di un futuro regno di pace, dove non ci sarebbe stato più posto né per la repressione né per qualsiasi altro tipo di violenza.

Ma la « dissoluzione dello Stato » non è che un miraggio, che continuerà ad allontanarsi sempre più dal punto della sua realizzazione.

Lo stesso vale per l'idea marxista che il potere dell'uomo sull'uomo verrà eliminato nella società futura. È impossibile che ciò si verifichi, perché non potremo mai fare a meno della organizzazione della forza. E a capo di tale organizzazione ci saranno sempre necessariamente alcuni uomini che disporranno così del potere. Non è possibile evitarlo. Se diciamo che il potere è attribuito all'intera popolazione, non facciamo altro

che mascherare la realtà con parole vaghe. Nella vita reale ci sarà sempre un certo numero di persone che occuperanno le posizioni chiave, le quali permetteranno loro di decidere in che modo la forza a disposizione debba essere impiegata. È inutile ribattere che esse « rappresentano » l'intera popolazione. La idea della rappresentanza è una di quelle immagini che vengono usate per mascherare i fatti e conferir loro un aspetto più accettabile. Al massimo nel caso della rappresentanza può verificarsi (ma molto spesso non si verifica) che il detentore del potere sia in qualche modo obbligato ad usarlo nell'interesse di altre persone.

Anche nella sfera economica dobbiamo accettare la inevitabilità della esistenza di posizioni di potere individuali. Lo slogan della proprietà comune dei mezzi di produzione non potrà mai essere realizzato. Esso si basa sulla nozione metafisica della proprietà: e significa che il potere immaginario chiamato diritto di proprietà dovrebbe essere trasferito dagli individui alla collettività. Questo è, evidentemente, assurdo. Lo slogan non è che un adattamento, a scopo di propaganda, della vecchia nozione di diritto soggettivo.

Ciò che effettivamente può essere ottenuto nella direzione indicata dallo slogan, è una riorganizzazione della vita economica mediante una diversa strutturazione delle varie posizioni di potere. Ma il potere in se stesso non potrà mai venire eliminato. Se la organizzazione sociale deve funzionare, è necessario che ci sia sempre un certo numero di persone in grado di decidere, con immediati effetti pratici, sul modo di impiego delle risorse naturali, degli impianti industriali, delle vie di comunicazione, ecc. E queste posizioni di potere dipenderanno, in qualsiasi tipo di organizzazione immaginabile, da un certo impiego della forza.

Il problema reale rimane sempre quello di fare in modo che i detentori del potere lo usino nell'interesse della comunità, e non in quello personale, o di un gruppo particolare. Sarebbe assurdo pretendere di trovare una facile soluzione a tale

problema. Ma è importante sapere che può essere risolto. È l'esperienza stessa che lo dimostra, perché possiamo constatare, con abbondante materiale di prova, che il potere, anche al suo livello più alto di facoltà di disporre della forza, è di fatto già regolato, già «incanalato». Una chiara impostazione del problema nei suoi termini reali non potrà che affrettarne la soluzione.

Il diritto e la forza nelle relazioni internazionali.

La nostra argomentazione ha voluto dimostrare che ciò che chiamiamo diritto è nella realtà un sistema di norme volte a regolare l'esercizio della forza da parte dei membri di una organizzazione: la quale organizzazione, lo Stato, è riuscita ad ottenere l'effettivo monopolio della forza all'interno di un determinato territorio. Mi sembra opportuno concludere con un breve commento a proposito del diritto che, nella opinione comune, governa le relazioni tra gli Stati, cioè il diritto internazionale.

È ovvio, come è già stato osservato, che non si tratta di un diritto del tutto simile a quello vigente all'interno di uno Stato. Il diritto internazionale non è un insieme di norme sullo esercizio della forza da parte di un'organizzazione specifica il cui potere sovrasti quello di qualsiasi altra. Una simile organizzazione sovrastatale non esiste. Le varie organizzazioni armate sono più o meno sullo stesso piano. Con pochissime eccezioni, e forse con nessuna, i loro confini sono stati fissati per mezzo di una guerra, o della minaccia di una guerra. E lo stesso fattore è essenziale per mantenerli. Le tendenze aggressive di uno Stato possono in ultima analisi venire arrestate soltanto dalla minaccia di un conflitto, o da una effettiva guerra di difesa in caso di invasione.

L'impiego della forza da parte degli Stati per combattersi a vicenda non è soggetto a nessuna regola. La forza in questo caso non è monopolizzata, non è incanalata e imbrigliata, ma

viene usata in maniera irregolare secondo gli interessi particolari prevalenti in ciascuno Stato.

Di conseguenza in campo internazionale non esiste nulla che possa essere equiparato alla sanzione. Le azioni di vendetta e di conquista non hanno niente in comune con la sanzione oltre al fatto che sono anch'esse causa di sofferenza. Tali misure non vengono ordinate da un giudice imparziale, né inflitte secondo delle norme, e inoltre non seguono regolarmente a determinati tipi di azione, e così via. Soltanto la vittoria decide in un conflitto quale dei contendenti sarà « punito », solo gli interessi, il potere e le eventuali inibizioni del vincitore stabiliscono un limite alla spoliazione del vinto.

L'assenza di una organizzazione sovrastatale della forza implica anche che il significato dei trattati internazionali è molto diverso da quello dei contratti ordinari. Un contratto valido secondo il diritto civile è sostenuto dalla forza. In caso di non adempimento di uno dei contraenti, l'altra parte ha il potere di mettere in moto il meccanismo della giustizia per ottenere il risarcimento dei danni: ne segue che ambedue le parti hanno un interesse reale ad adempiere alle obbligazioni assunte con il contratto. Agire in modo diverso non sarebbe conveniente, anzi al contrario procurerebbe ulteriori disagi ed una spesa maggiore. Il funzionamento del meccanismo della legge crea perciò un *motivo costante* per le parti che hanno stipulato un contratto di rispettare quanto è stato convenuto. Nei trattati internazionali invece manca completamente un motivo costante di osservanza, garantito dalla forza organizzata. L'interesse delle parti varia secondo i continui mutamenti della situazione generale. Manca del tutto quell'elemento fisso che si riscontra invece nei contratti, e che dipende dalle norme di diritto civile.

È dunque evidente che le caratteristiche essenziali del diritto interno, cioè del diritto vero e proprio, e della situazione che si crea in seguito alla sua applicazione, sono assenti

nelle relazioni tra gli Stati. Tuttavia noi parliamo di diritto internazionale. Quale è il significato di tale denominazione?

Senza dubbio esiste un diritto internazionale nel senso di un sistema di norme che regolano le relazioni tra gli Stati. Queste norme si sono in parte sviluppate attraverso la tradizione e gli usi, e in parte invece sono state stabilite per mezzo dei trattati, o più esattamente, costituiscono il contenuto stesso dei trattati. Anche qui, come nel caso del diritto in senso stretto, le norme sono rappresentazioni di azioni umane, espresse in forma imperativa. È vero che il sistema non raggiunge lo stesso livello di coerenza del diritto di uno Stato moderno, ma si tratta soltanto di una differenza di grado.

Queste norme sono state causate da necessità reali e urgenti. Sarebbe impossibile per gli Stati coesistere fianco a fianco, specialmente nel mondo moderno, senza regolare i reciproci rapporti. Le relazioni fra gli Stati devono essere coordinate e assestate in mille modi per ridurre gli eventuali motivi di attrito e mantenere aperta la possibilità di scambi economici e culturali. Motivi molto forti spingono dunque i governi dei vari Stati a rispettare, perlomeno in massima parte, le norme concordate nei trattati internazionali. Se si vuole evitare il caos completo è indispensabile adottare tale comportamento. Ad esempio, lo scambio di merci tra le varie nazioni, che oggi viene effettuato in maniera veramente notevole, sarebbe evidentemente impossibile se gli Stati non rispettassero la libertà dei mari in tempo di pace. Quando si minimizza e si mette in ridicolo la importanza del diritto internazionale, si dimentica che noi non potremmo mantenere il nostro tenore di vita attuale se almeno alcune delle sue norme principali non fossero generalmente osservate dagli Stati.

Da un punto di vista puramente giuridico sembra che non vi sia nessuna differenza tra le norme del diritto internazionale e quelle del diritto in senso stretto. Ciò che interessa in modo immediato l'avvocato nell'esercizio della sua professione è di individuare i modelli di comportamento contenuti

nelle norme e di determinare come esse possano venire integrate qualora non comprendano il caso in discussione. L'avvocato internazionale si occupa di questo stesso genere di problemi nell'ambito delle norme di diritto internazionale.

La sistemazione ed il commento di tali norme è un compito più che legittimo per la giurisprudenza. Sarebbe inoltre un tema molto interessante per la ricerca scientifica indagare sui motivi di obbedienza alle norme internazionali e discutere sui loro effetti pratici. Se decidiamo di chiamare « Diritto Internazionale » le norme che abbiamo appena illustrate non è proprio il caso di far nascere una controversia, giacché si tratta di una questione puramente verbale. L'adozione di tale terminologia non è certo priva di giustificazione, in quanto il contenuto degli imperativi che costituiscono il diritto internazionale presenta numerose analogie con quello delle norme del diritto positivo statale. Le norme internazionali sono simili ad una parte del diritto interno, vale a dire alle norme che stabiliscono la condotta dei privati, ma mancano della loro contropartita, cioè delle norme sull'impiego della forza dirette ai pubblici funzionari.

Tuttavia nella affermazione che il diritto internazionale è vero diritto, è implicito qualcosa di più: e cioè che il diritto internazionale dispone di una forza vincolante analoga a quella del diritto interno. Ora è evidente che questa affermazione non si riferisce al diritto come fatto, bensì al diritto inteso in senso metafisico. È precisamente a questo livello che viene asserita la rassomiglianza fondamentale tra le due specie di diritto.

Dal punto di vista metafisico l'effetto essenziale del diritto consiste nella creazione di diritti e di doveri. E tale effetto, che come sappiamo è del tutto immaginario, viene attribuito tanto al diritto internazionale quanto al diritto in senso stretto. Il diritto internazionale viene rappresentato come un potere ideale dello stesso genere del diritto in senso stretto, fornito della medesima « forza vincolante », e capace di crea-

re diritti e doveri altrettanto reali. È una questione di importanza secondaria, dal punto di vista metafisico, sapere come in pratica vengono protetti i diritti ed imposti i doveri. All'interno dello Stato si ritiene che vi provvedano le sanzioni applicate dai tribunali. Nella sfera internazionale il posto delle sanzioni è preso dalla autodifesa. Ogni Stato è giudice di se stesso, e inoltre si assume anche l'incarico di eseguire le proprie decisioni.

È chiaro quindi come sia il diritto inteso in senso metafisico ad essere di eguale natura nei due casi. Questa corrente di pensiero ha ricevuto la sua espressione più compiuta nella classica opera di Grozio sul Diritto della Guerra e della Pace, opera che è generalmente considerata come il punto di partenza per la scienza del diritto internazionale. Il suo metodo consiste nell'enumerare i vari motivi di azione del diritto interno e di applicare poi delle norme analoghe alle relazioni tra i sovrani. Il filo conduttore di questa sistemazione è che nel campo internazionale l'autotutela si sostituisce all'intervento dei giudici. Ad ogni motivo valido di azione nel diritto interno statale corrisponde una giusta causa di guerra in quello internazionale. Perciò una guerra è giusta quando viene intrapresa a scopo di punizione, o per evitare un danno, per ottenere un risarcimento, o infine per recuperare la proprietà. Ciò significa che la guerra giusta è posta sullo stesso piano della sanzione e del procedimento esecutivo, e viene descritta in modo tale da dare l'impressione che si tratti esattamente della stessa cosa.

Il sistema di Grozio è ovviamente antiquato ([20]). Il suo ingenuo parallelismo tra la guerra giusta e le sanzioni del diritto positivo statale non è più accettato da nessuno. Tra i giuristi che si occupano del diritto internazionale vi è una grande disparità di vedute sulla sua natura e sul ruolo gio-

---

([20]) GROZIO, 2, I, 2, 1: «*Quot actionum forensium sunt fontes, totidem sunt belli: nam ubi iudicia deficiunt incipit bellum*».

cato dalla guerra. Ma non è certo eccessivo affermare che le concezioni basilari concernenti la forza vincolante del diritto internazionale e la conseguente creazione di diritti e doveri, sono ancora generalmente accettate sia dalla scienza giuridica sia, quel che più importa, dalla opinione pubblica. Siamo ben lontani dalla auspicabile situazione in cui le varie nazioni dichiarino apertamente i loro interessi, senza pretendere di star rivendicando dei diritti. All'idea dei diritti è connessa l'idea che la forza può essere usata per difenderli, anzi che *deve* essere usata, altrimenti il diritto stesso perde tutto il suo significato. Ma in questo caso la forza disponibile è soltanto quella dello Stato che rivendica il diritto, o dei suoi alleati. L'idea dell'autotutela dei propri diritti è perciò una realtà tuttora operante, e anzi molto potente, nelle relazioni internazionali.

Non è necessario aggiungere altro per mostrare che, secondo l'opinione corrente, la relazione tra il diritto e la forza è in linea di massima identica sia in campo internazionale sia all'interno dello Stato. In ambedue i casi si ritiene che il diritto, concepito come un potere ideale, sia sorretto e protetto dalla forza. La sola differenza è che l'autotutela all'interno dello Stato è proibita, mentre nelle relazioni tra gli Stati costituisce tuttora lo strumento decisivo per la rivendicazione dei diritti.

Questo è il punto di vista ideologico generale al momento attuale. Per valutarne appieno l'importanza in relazione ai rapporti tra i popoli, occorre innanzitutto rendersi conto del fatto che le idee di diritto e di dovere esplicano a questo proposito una duplice funzione. Da un lato esse danno origine ad un certo numero di inibizioni nei confronti della violenza; ma dall'altro lato costituiscono un vero e proprio incitamento alla violenza.

Non si deve certo sottovalutare l'effetto inibitorio delle idee di diritto e di dovere. Io ritengo che una indagine approfondita dimostrerebbe che le idee dei diritti e dei doveri

degli Stati esercitano una influenza restrittiva molto più grande di quanto normalmente non si creda. Il fatto è che i casi in cui l'influenza restrittiva viene a mancare saltano agli occhi, mentre invece quelli in cui è operante passano inosservati.

Noi siamo portati molto facilmente a sottovalutare l'influenza positiva di queste idee in quanto fanno parte di quel bagaglio di verità e di regole della condotta che ci sembrano ovvie. La nostra attenzione è attratta molto di più dai casi di violazione di tali princìpi che non dai casi in cui essi vengono rispettati in silenzio.

Comunque è fuori dubbio che le inibizioni causate dalle idee di diritti e di doveri in campo internazionale non offrono le stesse garanzie di quelle originate dalle norme fondamentali del diritto civile e penale. E questo è dovuto alla mancanza di una pressione psicologica uniforme ed incondizionata esercitata dall'uso della forza diretto da giudici imparziali e coscienziosi.

Per i medesimi motivi le idee di diritti e di doveri internazionali non raggiungono lo stesso grado di uniformità di quelle relative agli ordinamenti giuridici statali. Le nostre nozioni sul modo di acquisto del diritto di proprietà, sulle sue implicazioni, su che cosa significhi avere un debito, su quali atti debbano essere considerati illeciti ecc., si formano sotto la diretta influenza del diritto. Le medesime nozioni pertanto prevalgono nell'intera area in cui vige lo stesso ordinamento giuridico; esse sono imposte dal potere e dalla autorità dell'apparato statale. La confusione tra le idee di diritti e di doveri e le posizioni concrete di vantaggio e di svantaggio create dall'impiego regolare della forza, contribuisce a tenere in vita la convinzione che le idee sui diritti e sui doveri siano vere, cioè corrispondano a delle realtà. Le eventuali concezioni individuali sui diritti, diverse da quelle favorite dalla legge, sembrano sbagliate proprio perché manca loro il sostegno della organizzazione statale, e di conseguenza non

sono connesse con vantaggi e vincoli concreti. Il monopolio della forza implica un'ampia unificazione delle concezioni attorno ai doveri ed ai diritti, in quanto ne impone alcune scartando le altre. (Il fatto che le nozioni giuridiche nei loro tratti essenziali siano simili in tutti i paesi civilizzati si spiega in quanto le esigenze che hanno dato loro origine sono state le stesse dovunque).

Nel campo internazionale la situazione è completamente diversa. L'assenza di un monopolio della forza implica una grande varietà tra le idee che concernono i diritti e i doveri degli Stati. Non vi è nessun potere centrale in grado di creare e mantenere un certo grado di uniformità tra le idee, escludendo tutte quelle non gradite. Nei vari paesi si sono perciò sviluppati sistemi differenti basati sulla diversità degli interessi. I pretesi diritti non sono altro in sostanza che dei paludamenti che servono ad avvolgere gli interessi in un alone sovrannaturale, trasformandoli in qualcosa di più alto e facendoli apparire diversi da quello che sono realmente, e cioè meri desideri e richieste dei gruppi sociali dominanti dei paesi in questione. È vero che tali idee spesso sono condivise da larghi strati della popolazione: ma in tal caso si può essere certi che anche gli interessi sono i medesimi.

Quando si inneggia al diritto internazionale come strumento di pace [21] si prende in considerazione soltanto la influenza *restrittiva* esercitata dalle idee dei diritti e dei doveri internazionali, e non ci si rende conto del fatto che esse producono anche l'effetto opposto. Infatti è la nozione della esistenza di un diritto *altrui* che esercita una influenza restrittiva: ma l'idea della esistenza di un *proprio* diritto serve

---

[21] La pericolosa illusione che il diritto internazionale sia esclusivamente uno strumento di pace è stata attaccata violentemente e con grande acutezza dal prof. LUNDSTEDT nel suo *Superstition or Rationality...* cit., e in *Le droit des gens, danger de mort pour les peuples,* (Bruxelles, 1937).

invece a rimuovere le inibizioni nei confronti della violenza e persino ad incitare alla violenza per «difendere» il diritto stesso. È molto importante soffermarsi su questa funzione psicologica esplicata dall'idea dei diritti soggettivi.

La ferma convinzione di possedere un diritto implica in primo luogo che tutte le azioni ritenute necessarie per conservarlo vengono considerate lecite. La proibizione «tu non devi!» non si associa più all'idea di compierle. Non solo, ma tale convinzione dà origine a determinati sentimenti: come è già stato osservato, l'idea di possedere un potere sovrannaturale fa nascere spontaneamente un sentimento di forza, e il convincimento che questo potere alla fine *dovrà* necessariamente imporsi nella vita concreta è motivo di grande sicurezza.

Le stesse idee e gli stessi sentimenti si associano all'uso della forza per proteggere e rivendicare i nostri diritti. A tali atti non si accompagna più l'imperativo «no!» che invece è solitamente congiunto con l'idea della violenza: anzi essi sono seguiti da sentimenti di forza e di fede.

La cosiddetta protezione dei diritti nell'ordinamento giuridico interno è garantita dall'apparato dello Stato. L'autotutela è punita, salvo in pochi casi eccezionali. Ciò significa che l'imperativo che proibisce la violenza vale per tutti gli atti di violenza (con le suddette eccezioni) tranne che per quelli compiuti dalla forza organizzata ad opera dei pubblici funzionari. Il desiderio di rivendicazione dei propri diritti viene soddisfatto mediante questi atti della organizzazione statale, i quali sono effettuati in modo sicuro e inarrestabile. Il senso di forza e di sicurezza deriva da essi, e non da atti di violenza dei privati detentori del diritto. In questo modo i sentimenti connessi con la rivendicazione dei diritti ricevono una ragionevole soddisfazione, e al tempo stesso sono tenuti sotto controllo.

I sentimenti relativi ai proclamati diritti degli Stati, al contrario, non sono tenuti a freno da una organizzazione

sovrastatale, e neppure possono trovare uno sfogo moderato nell'impiego della forza da parte di tale organizzazione. Spetta ai singoli Stati rivendicare ciascuno i propri diritti. A questo scopo ogni Stato è autorizzato ad usare la violenza, perlomeno quando non è possibile fare altrimenti (tanto è vero che tutti gli Stati hanno le proprie forze armate). In altri termini, per questi casi non vi è nessun imperativo che proibisca la violenza (tranne che nell'opinione dei pacifisti ad oltranza, i quali però all'atto pratico risultano sempre molto pochi). I sentimenti di forza e di fede nella vittoria sono associati alla violenza o alla minaccia di usarla. Anzi questi sentimenti vengono eccitati di proposito dai governanti per poter aumentare il loro potenziale bellico. Si aggiunga inoltre che le varie nozioni sui diritti non subiscono nessun controllo da parte di una autorità diversa dagli Stati che le professano, che esse sono determinate soprattutto dagli interessi prevalenti all'interno di ciascun paese, che di conseguenza i diversi sistemi sono nettamente opposti l'uno all'altro, e si avrà un'idea precisa di ciò che il diritto internazionale e i diritti degli Stati significano per il dilagare della violenza tra i popoli. Il loro effetto a questo proposito è esattamente l'opposto di quello di uno strumento di pace. In realtà le idee sui diritti e sulla giustizia costituiscono parte integrante dell'armamento di ogni Stato. La situazione diviene perfettamente chiara dopo che la concezione metafisica del diritto è stata eliminata, e che l'attenzione si dirige non più a questo potere immaginario, ma allo studio della funzione psicologica delle varie *idee* concernenti la legge e i diritti tra gli Stati, e della loro relazione con l'impiego della forza.

L'esigenza di abolire la forza anche nelle relazioni internazionali non ha mancato di farsi sentire, e per ovvie ragioni, dato che il suo impiego incontrollato implica una minaccia spaventosa per la civiltà, e grava l'umanità intera di un peso che sembra diventare di giorno in giorno più opprimente. Un tentativo di portare rimedio a questo stato di cose fu

fatto con la creazione della Lega delle Nazioni e con il « sistema collettivo di pace ». Lo scopo dichiarato era di por fine alla guerra e di conseguenza di eliminare l'uso della minaccia della guerra, cioè la cosiddetta politica di potenza. La forza avrebbe dovuto essere sostituita dal diritto internazionale cui sarebbe spettato il compito di regolare le relazioni tra i popoli secondo giustizia. Il fine perseguito dalla Lega si può perciò riassumere molto efficacemente con le parole di una eminente autorità: « Il sistema collettivo significa l'abolizione della forza e la sua sostituzione con le regole del diritto » ([22]).

Ora è chiaro che il tipo di diritto a cui ci si riferisce in questo discorso non può essere altro che il diritto in senso metafisico. Tale potere di tipo « superiore » doveva essere posto al di sopra della forza effettiva degli Stati. Non si pensava neanche lontanamente a creare qualcosa di simile ad una organizzazione mondiale e centralizzata della forza, e non si fece nessun tentativo in questa direzione. La Lega delle Nazioni partiva dal presupposto della sovranità degli stati membri. Ma la sovranità spetta soltanto a quelle organizzazioni che hanno conseguito il monopolio della forza all'interno di un certo territorio. Perciò il principio dominante era che il diritto doveva governare le relazioni tra gli Stati, mentre al tempo stesso questi avrebbero continuato a mantenere il loro carattere di organizzazione armata. Il disarmo sarebbe seguito in un secondo tempo, benché vi fosse una certa divergenza di opinioni sul fattore a cui dovesse essere data la precedenza: la sicurezza basata sul diritto o il disarmo.

In pratica questo atteggiamento poteva soltanto significare una intensa propaganda a favore dei princìpi della Lega con lo scopo di creare tra i popoli e i governi delle inibizioni molto salde contro l'uso della violenza. Come sappiamo,

---

([22]) Mr. Anthony Eden così si è espresso in un discorso, nel gennaio del 1935 (citazione tratta dal *Manchester Guardian*).

tale propaganda è stata effettuata su larga scala, ma non ha dato i frutti sperati. Il suo fallimento era inevitabile, soprattutto perché mancava il sostegno di una organizzazione centralizzata della forza. Senza tale sostegno non sarà mai possibile creare le inibizioni necessarie e mantenerle ad un livello soddisfacente di sicurezza. È una vera e propria fatica di Sisifo andar *predicando* ai forti e ai potenti di non essere forti e potenti: eppure in definitiva le esortazioni per una astensione volontaria da ogni impiego della forza si riducono esattamente a questo.

Ma i princìpi della Lega delle Nazioni includevano anche un'altra idea, che era in assoluto contrasto con quella della abolizione della forza. E cioè l'idea delle sanzioni. Dire sanzioni infatti significa dire guerra. Il sistema ideologico della Lega era perciò caratterizzato da una contraddizione interna che provocò la più grande confusione. Gli uomini ondeggiavano in continuazione tra due opposti punti di vista senza accorgersi della loro differenza. Il risultato paradossale della loro combinazione fu il principio di difendere la pace per mezzo della guerra.

Era comunque inevitabile che il principio della abolizione della forza venisse integrato con quello opposto della applicazione delle sanzioni. Non si poteva fare a meno della forza. Anche se ammettiamo per ipotesi che la propaganda della Lega potesse riuscire a creare delle inibizioni contro la violenza, uniformi e sicure come quelle ottenute dal diritto interno degli Stati, nondimeno la forza avrebbe continuato ad essere indispensabile. Le inibizioni non sono mai assolute, ed è inevitabile che di tanto in tanto si verifichino dei casi di violenza. Per i vari Stati rinunciare ai mezzi per l'uso della forza avrebbe significato esporsi al rischio di venire soggiogati da qualsiasi paese che avesse invece conservato o ripristinato il suo potenziale bellico. Tale pericolo sarebbe stato inoltre molto probabile perché in campo internazionale le inibizioni non offrono neppure lo stesso grado di

garanzia di quelle contro l'omicidio e il furto sperimentate dai singoli individui. L'istinto di autoconservazione rendeva pertanto necessaria la inclusione nel sistema della forza sotto il nome di « sanzioni ».

Il risultato non era affatto paragonabile al « regno del diritto » che riscontriamo all'interno degli Stati. Il diritto civile e penale interno non è costruito sul principio che non si deve usare la forza, bensì sull'idea che la forza deve essere regolata e impiegata per il raggiungimento dei fini comuni. Di conseguenza l'applicazione delle norme mediante atti di forza non è in contrasto con le basi del sistema, ma anzi vi si accorda perfettamente, e gli atti di forza nei casi particolari non presentano nessuna difficoltà. Nella Lega delle Nazioni, al contrario, noi troviamo che la base del sistema è costituita dal principio della abolizione della forza. Quello delle sanzioni vi si aggiunge come una sovrastruttura: e la applicazione delle sanzioni richiede un grado altissimo di concentrazione della forza, giacché esse sono dirette contro Stati potenti.

Non è possibile indicare dei casi in cui il sistema collettivo sia stato veramente applicato secondo il Patto, benché le occasioni siano state numerose. (Le sanzioni contro l'Italia durante la crisi abissina non erano per nulla rispondenti alla lettera e allo spirito del Patto). Le ragioni di tale fallimento sono molteplici e per la maggior parte ovvie. Vorrei sottolinearne una soltanto.

Se si vogliono applicare regolarmente le sanzioni secondo quanto stabiliscono le norme, la loro applicazione deve essere affidata a delle persone che non si trovino, nove volte su dieci, in una situazione implicante un netto conflitto di interessi. Al contrario la loro posizione deve essere tale da far coincidere l'applicazione il più accurata possibile delle norme con il loro stesso interesse, come si verifica nel caso dei giudici. Questi ultimi, lungi dall'esporsi a dei rischi condannando i criminali o decidendo le controversie, svolgono

la loro funzione e si guadagnano da vivere. Invece gli Stati a cui è richiesta l'applicazione delle sanzioni si trovano in una situazione completamente diversa. Essi hanno di fronte la prospettiva di gravi sacrifici senza nessuna certezza di una ricompensa. È addirittura assurdo aspettarsi che una nazione, in qualsiasi circostanza, si addossi un tale peso senza esservi spinta da interessi vitali. Il che significa che le sanzioni previste dal Patto delle Nazioni non possono mai venire applicate secondo le sue disposizioni. Se mai si farà di nuovo uso della ideologia delle sanzioni — e nel momento in cui scrivo queste righe non sembra affatto escluso — ciò servirà soltanto a giustificare una guerra che le principali potenze della Lega riterranno necessaria per motivi che non hanno nulla a che vedere con il contenuto del Patto. Il diritto internazionale, i sacri diritti violati e i doveri imposti dalla appartenenza alla Lega saranno invocati per rimuovere le inibizioni nei confronti della violenza, per stimolare i sentimenti di forza e di fiducia — fornendo così le basi morali per la guerra — e infine per farsi degli alleati.

INDICE